Der Besitzdiener und die Stellvertretung beim Besitzerwerb

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Erich Stolz
Gerichtsreferendar
in Ehrenbreitstein

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Berlin
Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf
1913

Referent: Ordentlicher Professor der Rechte Dr. Fr. Leonhard

Meinen Eltern!

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Das römische und gemeine Recht.
§ 1. Die Lehre Savignys 11
§ 2. Die Lehre Iherings 12
II. Das bürgerliche Recht.
§ 3. Die beiden Entwürfe zum BGB. 13
§ 4. Die tatsächliche Gewalt, das alleinige Erfordernis für den Besitzerwerb 15
§ 5. Der Besitzwille. 18
III. Die Inhabung des bürgerlichen Rechts.
§ 6. Einleitung zu § 855 BGB. 28
§ 7. Stellung des § 855 im Gesetz 29
§ 8. Das charakteristische Merkmal f. die Inhabung des BGB. 30
§ 9. Abweichende Ansichten 34
§ 10. Bedeutung einer dem Diener gegenüber dem Herrn obliegenden Rechtspflicht, infolge deren Erfüllung er die Gewalt über die Sache erlangt hat und ausübt . . . 39
§ 11. Umfang des Anwendungsgebietes für die Inhabung ohne Besitzschutz 42
a. Bedeutung der Frage, in wessen Interesse die tatsächliche Gewalt ausgeübt wird 42
b. Die Fälle der sogenannten momentanen Detention 44
§ 12. Abgrenzung der Besitzdienerschaft von dem Anwendungsgebiet des § 868 BGB. 47
§ 13. Ein Besitzdienerverhältnis kann nicht durch den Willen der beteiligten Personen allein, etwa im Wege eines Vertrages, geschaffen werden 50
§ 14. Die Rechtsstellung des Dieners 52
IV. Die Stellvertretung beim Besitzerwerb.
§ 15. Die Vertretung in den §§ 855, 868, 870 BGB. . . . 59
§ 16. Die Anwendung der §§ 164 ff. BGB. auf den Besitzerwerb 60
a. Ist ausnahmsweise möglich 60
b. grundsätzlich jedoch ausgeschlossen . . . 61
§ 17. Die Besitzerstellung der gesetzlich vertretenen Personen und ihrer Vertreter 69

Literaturübersicht.

Affolter: Das Willensmoment beim Besitzerwerb; Archiv für b. Recht, 1900, S. 1 ff.

Baron: Zur Lehre vom Besitzwillen; Ih. Jahrb., Bd. 29.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre, bei Gruchot, Bd. 42.

Bekker: Ausführungen zur Besitzlehre, Ih. Jahrb., Bd. 34, S. 11 ff.

Berg: Erwerb und Verlust des Besitzes, 1905.

Biermann: Komm. z. BGB., Sachenrecht. 2. Aufl. 03.

Böhm: Zeitschrift „Das Recht", 1903, S. 479.

Bruck: Die Einigung im Sachenrecht, 1900.

Bruns: Besitzerwerb d. Interessenvertr., Tübingen 1910.

Burghoff: Besitzwille, 1900.

Cerome: Bürgerliches Recht, Bd. 3, 1905.

Cosack: Bürgerliches Recht, Bd. 2, 1905.

Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1906.

Dernburg: Pandekten, 7. Aufl.

Dernburg: Bürgerliches Recht, Bd. 3, 1901.

Endemann: Lehrbuch d. BGB., 6. Aufl.

Endemann: Einführung ins BGB.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1910.

Eck: Vorträge zum BGB., 1904, 1. u. 2. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 29, 52.

Fischer-Henle: Handausgabe zum BGB., 7. Aufl.

Fleck: Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 337 ff.

Fleischhauer: Jur. W., 1902, S. 116.

Frank: Der Besitzwille nach dem BGB., Bonn. Dissert. 1898.

Frank: Komm. d. Strafrechts, § 340, 1908.

Förtsch: Die Besitzerstellung der Vertreter und vertretenen Personen; bei Gruchot, Bd. 43.

Gärtner: Studien z. Erläuterung des bürgerl. Rechts, 1901, Heft IV.

Geisler: Der Besitz des gesetzlichen Vertreters, 1905.

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht n. d. BGB., 1897.

Goldschmidt: Grundlagen der Besitzlehre 1884; verm. Schriften, Bd. 1.
Goldschmidt: Berliner Festgabe für Gneist, 1888, S. 64.
Hoos: Besitzerwerb und Erhaltung d. Vertreter, 1897.
Ihering: Grund des Besitzschutzes, 1869.
Ihering: Besitzwille, 1889.
Isay: Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, 1899.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. 1900.
Jaeger: Konkursordnung, 2. Aufl.
Josef: Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 278.
Josef: Zeitschrift „Das Recht", 1904, S. 498.
Kappler: Zur Lehre vom Besitz, 1899.
Kniep: Der Besitzerwerb nach dem BGB.; gegenübergestellt dem röm. u. gem. Recht, 1900.
Kommentar der Reichsgerichtsräte.
Kreß: Besitz und Recht, 1907.
Kuhlenbeck: v. d. Pandekten z. BGB., 2. Teil, 1899.
Kuhlenbeck: Bürgerliches Recht, Bd. 3, 2. Aufl., 1903.
Laband: Reichstaatsrecht.
Laband: Archiv für ziv. Praxis, Bd. 73.
Lehmann: Bürgerliches Recht, Bd. II, 1901, 2. Aufl.
Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899.
Manigk: Anwendungsgebiet d. Vorschriften für Rechtsgesch., 1901.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
Nassauer: Besitzerwerb durch Mittelspersonen, 1910.
Neumann: Handausgabe d. BGB., Bd. I, II, 4. Aufl., 1905-06.
Oertmann: Das Besitzrecht des Ehemanns am eingebr. Gut der Frau. Ih. Jahrb., Bd. 44.
Planck: Komm. z. BGB., III, 3. Aufl. 1906.
Preuß: Stellvertretung oder Organschaft, Ih. Jahrb., Bd. 44.
Randa: Der Besitz nach österr. Recht, 4. Aufl.
Reatz: Gegenüberstellung des ersten und zweiten Entwurfes.
Regelsberger: Besitzerwerb d. Mittelspersonen, Ih. Jahrb., Bd. 44
Rehbein: BGB. mit Erläuterungen, Bd. I, 1899.
v. Renesse: Das Zurückbehaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages.
Savigny: Das Recht des Besitzes, 7. Aufl.
Scherer: Komm. der Schuldverhältnisse, 1899.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht, 1904.
Schloßmann: Organ und Stellvertreter, Ih. Jahrb., Bd. 44.
Sokolowsky: Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen GB., 1907.
Staudinger: Komm. d. BGB., Bd. III, 1912.
Strohal: Sachbesitz in Ih. Jahrb., Bd. 38, S. 1 ff.
Strohal: Zum Besitzrecht des Entwurfes eines BGB. f. d. Deutsche Reich, Ih. Jahrb., Bd. 29.

Thoma: Bedeutung des Besitzwillens, 1900.
Titze: Die Notstandsrechte des BGB. und ihre geschichtliche Entwicklung.
Trendelenburg: Besitzerwerb durch Stellvertreter, 1904.
Ullmann: Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 92, S. 315 ff.
Wendt: Besitz und Inhabung; Archiv für ziv. Praxis, Bd. 74.
Wendt: Der mittelbare Besitz, ebendort, Bd. 87.
Wendt: Besitz und Besitzwille, 1907.
Windscheid-Kipp: Pandekten, 9. Aufl., 1906.
Wolff: Besitzbegriff, 1898.
Wolff: bei Gruchot, Bd. 47.
Zitelmann: Die juristische Willenserklärung, in Ih. Jahrb., Bd. 16, S. 356.

§ 1. Die Lehre Savignys.

Das wichtigste Merkmal, welches die Besitzlehre des römischen und gemeinen Rechts von derjenigen des BGB. unterscheidet, ist in dem Willen zu suchen, der bei den Römern ganz eigenartig beschaffen sein mußte, damit man einer Person, die in einem Verhältnis rein tatsächlicher Macht zu einer Sache stand, rechtlichen Schutz gewährte, und dadurch dieser tatsächlichen Beziehung eine gewisse rechtliche Anerkennung einräumte, die heute durch die Bezeichnung „juristischer Besitz" gekennzeichnet wird. Wenigstens enthält die herrschende Lehre des gemeinen Rechts, wie sie **Savigny**[1]) begründete, den Grundgedanken: „Nur, wenn die gewollte tatsächliche Herrschaft eine derartige ist, daß die herrschende Person die Sache wie ein Eigentümer haben will, wenn sie also dessen rechtliche Position haben möchte, dann ist wegen des vorhandenen animus domini das tatsächliche Machtverhältnis vom Recht anzuerkennen und ihm dessen Schutz zu gewähren. Die mit dieser Ansicht in Widerspruch stehende Tatsache, daß gewisse Machtverhältnisse ohne diese Voraussetzungen Besitzesschutz genießen — z. B. der Pfandgläubiger — mußte man dann nach obiger Lehre notgedrungen mit dem sogenannten „abgeleiteten Besitz" zu erklären versuchen. Diese Personen erhalten den Rechtsschutz, weil der Auktor, von dem sie ihre Macht herleiten, juristischer Besitzer ist, den animus domini hat und in diesem Willen von den Inhabern der tatsächlichen Macht vertreten wird. Wenn dieser Lehre auch andere Ansichten ent-

1) Das Recht des Besitzes.

gegentraten, die den animus domini nicht für nötig erachteten, so standen sie der Theorie Savignys insofern doch ziemlich nahe, — sie waren gewissermaßen mit geringen Abweichungen Vertreter seiner Lehre — als sie auch einen bestimmten Willen verlangten, sich allerdings mit dem Willen, die Sache für sich zu besitzen, dem animus rem sibi habendi, begnügten[2]). Hiernach braucht der Machthaber nur einen auf das tatsächliche Haben als solches gerichteten Willen zu besitzen. Die einzelnen Fälle einer tatsächlichen Beziehung zwischen Person und Sache zeigen also im praktischen Leben alle eine gleiche, oder wenigstens sehr ähnliche Gestalt. Aber mit Rücksicht auf die verschiedenartige Causa, die zu dieser Gestaltung geführt hat, enthalten die einen ein bestimmtes inneres Moment, das sie von anderen, äußerlich gleichen Fällen unterscheidet, und dieses finden die Anhänger der subjektiven Theorie in dem bestimmt gearteten Willen — dem animus domini oder animus rem sibi habendi —.

§ 2. Die Lehre Iherings.

Ganz anders **Ihering.** Er sucht für seine Lehre, gerade wie Savigny, eine Grundlage, um sich die scheinbar willkürlichen Erscheinungen des römischen Rechts, wo bald juristischer Besitz, bald Detention angenommen wurde, zu erklären. Er findet diese aber nicht im Willen, sondern im Recht, von dem er in seiner Lehre ausgeht[3]) [4]). Der Gesetzgeber kann vermöge der ihm zustehenden gesetzgeberischen Gewalt bestimmen, ob das eine oder andere tatsächliche Verhältnis als Besitz anerkannt werden soll oder nicht. Der Wille der herrschenden Person, namentlich der bestimmt geartete Wille, ist gleichgültig. Vielmehr läßt man sich von anderen Gesichtspunkten bei der Entscheidung leiten. Nicht, weil man in den einzelnen Fällen den gleichen Willen

---

2) Dernburg, Pandekten.
3) Ihering, Besitzwille.
4) Ihering, Grund des Besitzschutzes.

vorfindet und sie deshalb unter diesem Kennzeichen zusammenfaßt, sondern weil man soziale Momente, wirtschaftliche Interessen und dergl. berücksichtigt. Es erlangt nach Ihering der Reiche vermöge seines Reichtums eine wirtschaftlich starke Stellung und damit auch erheblichen Einfluß auf den Gang der Gesetzgebung, welchen er nach Möglichkeit so zu leiten bestrebt ist, wie es seinen eigenen Interessen am meisten entspricht. Die von ihm abhängigen Klassen, die wirtschaftlich schwachen, erreichen diese Macht nicht. Ein Beispiel zeigt die Stellung der Pfandgläubiger. Sie gehören ja wohl regelmäßig den begüterten Klassen an; denn nur der kommt im Leben in die Lage Gläubiger im obigen Sinne zu werden, welcher eigene Vermögenswerte, als zu seinem Unterhalte entbehrlich, darlehnsweise hingeben kann; einen Gegensatz hierzu bildet die geradezu ohnmächtige Stellung der Mieter und Pächter im römischen Recht. Sie genießen keinen Schutz, da sie zu schwach sind, um sich solchen zu verschaffen. Die Beispiele zeigen deutlich, daß die Römer dem Schutz der wirtschaftlich schwachen bei ihrer Gesetzgebung allzuwenig Rechnung getragen haben, ein Umstand, der zu den unsozialen Zuständen und damit zu dem schließlichen Niedergang des römischen Reiches beigetragen hat. Gegenüber dieser Theorie behaupteten sich dennoch die von Savigny begründeten und fortgeführten Rechtsgedanken als die herrschenden, weil sie in der Tat dem Inhalt der römischen Quellen entsprechen.

§ 3 Die beiden Entwürfe zum BGB.

Auch das BGB. verlangte in seinem ersten Entwurf zum Besitzerwerb einen bestimmten Willen, nämlich denjenigen, die Sache als seine Eigene zu haben. Dieser Wille mußte zu der tatsächlichen Gewalt, die dort als Inhabung bezeichnet wurde, hinzutreten, um den Besitz, der nicht näher definiert wurde, zu begründen. In dem Bestreben, die ungünstigen Folgen und Schäden, die mit der Ausdehnung des Detentionsbegriffs im römischen Recht verbunden waren, möglichst zu beseitigen, wurde aber zu

weit über das Ziel hinausgegangen, und die Inhabung allein, die doch zum Besitzerwerb nicht genügte, stets mit dem Rechtsschutz versehen, eine Bestimmung, die ebenfalls, wie die römische Detention, den Bedürfnissen nicht entsprach, und die wegen ihrer sonderbaren Konsequenzen praktisch kaum anzuwenden war. Hiergegen richtete sich dann auch eine heftige Kritik[5]). Man verlangte in gewissen Fällen eine Inhabung ohne Schutz. Namentlich **Strohal**[6]) war der Ansicht, daß der Inhaber dann nicht geschützt werden dürfe, wenn er nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch von dem Besitzherrn abhängig sei, nämlich bei der sogenannten unselbständigen Inhabung, womit er im wesentlichen die, von Ihering — Besitzwille S. 503 — als prokuratorische, häusliche und momentane Detention bezeichneten Fälle, mit Ausnahme der Erstgenannten, im Auge hatte. Infolgedessen beseitigte man im Anschluß an einen Vorschlag des preußischen Justizministers den Mangel im zweiten Entwurf vollständig, indem man den heutigen § 855 BGB. einführte. Ferner wurde der Wille, die Sache als eigene zu haben, beim Besitzerwerb gestrichen, und es genügte die Erlangung der Inhabung, die als tatsächliche Gewalt bezeichnet wurde. Mit diesen Bestimmungen, die fast ohne Abänderung Gesetz geworden sind, hat sich das BGB. vollständig von der römischen Lehre freigemacht. Ohne eins der bisherigen Systeme zu berücksichtigen, hat es ein vollständig neues Besitzrecht geschaffen, welches in vielen Punkten der objektiven Theorie Iherings an die Seite gestellt werden kann. Denn es macht den Besitzerwerb nicht mehr von einem bestimmten Willen abhängig, und es berücksichtigt, im Gegensatz zu den Römern, die wirtschaftlichen Interessen in dem Maße, wie es erforderlich ist. Eine Begriffsbestimmung für den Besitz enthält das Bürgerliche Gesetzbuch, wie ja auch beide Entwürfe, ebenfalls nicht. Häufig unterläßt es ja die moderne Gesetzgebung überhaupt, Begriffe, die dem praktischen Leben

5) Ihering, Besitzwille, S. 513; Frank, a. a. O., S. 25 s. dortige Beisp.; Gierke, Entw. eines BGB. S. 307; Planck, Kritik des Entw. Arch. f. ziv. pr. B. 75 S. 327.

6) Ihering, Jahrbücher B. 29 S. 336.

entnommen werden sollen, in eine feste Form zu fassen. Es gibt uns nur Vorschriften über den Erwerb und Verlust des Besitzes und regelt dann seinen rechtlichen Schutz.

§ 4. Die tatsächliche Gewalt, das alleinige Erfordernis für den Besitzerwerb.

Das bürgerliche Recht läßt also das tatsächliche Machtverhältnis allein für den Besitzerwerb entscheidend sein. Es fragt sich daher, was unter dem Erfordernis des § 854 BGB. zu verstehen ist, und ob mit der Streichung des Willens, die Sache als seine eigene zu haben, aus dem Text, überhaupt jeder Wille für den Besitzerwerb unnötig geworden ist. Nach dem Wortlaute der Protokolle [7]) soll in der Bezeichnung „tatsächliche Gewalt" das Wesen des Besitzes enthalten sein, das ist „die, für den Besitzer bestehende Möglichkeit, andere von seinem Machtbereiche auszuschließen". Wann ein tatsächliches Verhältnis dieser Art allerdings vorliegt, das muß unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauungen beurteilt werden. Es handelt sich hier um einen Begriff, der nach den Anschauungen des Lebens beurteilt werden muß, um zu einem allerseits zufriedenstellenden Resultate zu führen[8]) [9]). Für ihn bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse, der Wirtschafts- und Kulturstufen stets eine feste, auf alle Fälle anwendbare Formel zu finden, ist wohl kaum möglich. Von wesentlicher Bedeutung ist hierbei der Grad der Sicherheit, den das Recht dem Machtinhaber zu bieten imstande ist. Versteht man unter dem Begriff „tatsächliche Gewalt" im Sinne des § 854 etwa stets eine körperliche Beherrschung, eine direkte Sachherrschaft, so wird er in den weitaus meisten Fälen vollständig versagen. Denn man ist dann genötigt, den Besitzschutz immer dann zu verneinen, wenn der Machthaber sich nicht in der unmittelbaren Nähe seiner Sache befindet. wie es ja fast immer bei Grundstücken der Fall ist. Man

7) Protokolle der 2. Kommission, S. 500 ff.
8) Goldschmidt, Berliner Festgabe für Gneist, S. 64.
9) Berg, a. a. O., S. 14.

muß daher unter Berücksichtigung weitgehender wirtschaftlicher Gesichtspunkte und namentlich der Macht, die der einzelne vermöge der Rechtsordnung innehat, prüfen, ob ein gewisses Herrschaftsverhältnis derartig beschaffen ist, daß es die rechtliche Anerkennung erhalten[10]), und somit als tatsächliche Gewalt bezeichnet werden kann. Auch der § 855 zeigt, daß die tatsächliche Gewalt nicht nur räumlich zu verstehen, sondern den Anschauungen des Lebens unterworfen ist. Denn hier steht der Diener gewöhnlich in einer viel engeren, fast immer rein körperlichen Beziehung zur Sache als der Herr, ohne daß diese sozial anerkannt und ihm dadurch der Besitz verschafft wird, während dies umgekehrt bei der vielfach weniger engen Beziehung des Herrn zur Sache immer der Fall ist. Und im § 868 räumen wir dem mittelbaren Besitzer, dessen Machtstellung manche lediglich als eine Fiktion auffassen[11]), die tatsächliche Gewalt ein, weil uns das Rechtsband, welches ihn mit dem unmittelbaren Besitzer verknüpft, als genügend erscheint. Vermöge der Sicherheit, die das heutige Recht allgemein in höherem Maße bietet, kann sich der Gesetzgeber über den engen Begriff des physischen leichter hinwegsetzen und in manchen Fällen ohne die vorhandene enge Beziehung die gleichen Rechtsfolgen eintreten lassen, die gewöhnlich nur bei deren Vorhandensein gegeben sind. Und er muß dies sogar mitunter, um den höheren Anforderungen, die infolge eines komplizierteren wirtschaftlichen Verkehrs an das Recht gestellt werden, vollständig genügen zu können[12]). Eine scharfe Grenze für den Gewaltbegriff zu ziehen, ist daher schwierig. Soziale Erwägungen schaffen ihn, sie vermögen ihn auch zu ändern, bald auszudehnen, bald einzuengen, je nach der Art und Weise, wie sich Verkehr und Lebensanschauung ändern, wie die wirtschaftliche Entwicklung fortschreitet, der ja das Recht folgen muß. Jedenfalls ist nötig, daß die tatsächliche Beziehung eine

---

10) Oppenheimer, a. a. O., S. 19 ff.

11) Bartels, a. a. O., S. 652.

12) Goldschmidt, vermischte Schriften, Grundlagen der Besitzlehre, § 4.

gewisse Zeit, wenn diese auch nur sehr gering bemessen ist, andauert. Man kann doch wohl dann nicht von einer Gewalt im Sinne des § 854 reden, wenn das räumliche Verhältnis momentan, vielleicht nur zufällig, hergestellt ist, die Fähigkeiten des Inhabers aber nicht genügen, den vorhandenen Zustand auch nur einen Augenblick zu erhalten. Das charakteristische Moment Iherings, der eine solche tatsächliche Beziehung als Besitz begründend verlangt, welche durch den Zweck der wirtschaftlichen Verwendung der Sache geboten ist, wird häufig als Richtschnur dienen können. Und weshalb? — Weil wir an dem durch die Verwendung gebotenen Zustande häufig erkennen können, daß die Sache den Zwecken des Machthabers dient und dienen soll, daß sie in dessen Macht- oder vielleicht auch in dessen Rechtssphäre gehört. Dieser Zustand der Publizität verschafft dem Verhältnis dann die soziale Beachtung; im Endresultat ist es also wieder die soziale Anerkennung, welche die tatsächliche Beziehung zwischen Person und Sache zum Besitz macht. Allerdings ist es auch denkbar, daß gerade durch Herstellung des der Verwendung entsprechenden Zustandes die Sache aus dem Bereich des bisherigen Machthabers entfernt wird, dieser gewissermaßen durch die Verwendung sich seiner Macht über die Sache begeben will. Man denke z. B. an den bestimmungsgemäßen Gebrauch von Wurfgeschossen, Geschützkugeln. Hier würde die Befolgung der Iherings'schen Ansicht zu einem falschen Resultate führen. Das BGB. hat den Begriff nicht durch eine feste Definition eingeengt, nicht bestimmte Erfordernisse für ihn aufgestellt. Der sich daraus ergebende Nachteil der Unsicherheit wird durch die hierdurch gewonnene Anpassungsfähigkeit vollkommen beseitigt. Als Begriff, der den Verkehrsanschauungen entnommen ist, muß er beweglich sein, um mit dem wirtschaftlichen Leben fortschreiten zu können. Dann wird er bei verständiger Anwendung fast immer zu einem sachgemäßen Ergebnis führen, was bei einer festen Einengung kaum möglich wäre.

§ 5. Der Besitzwille.

Die tatsächliche Gewalt ist, zum Unterschied vom ersten Entwurf, als einziges Erfordernis für den Besitzerwerb von dem bürgerlichen Gesetzbuche aufgestellt worden. Daher vertritt die herrschende Meinung die Ansicht, der Wille sei überhaupt für den Besitzerwerb unnötig, denn das BGB. habe sich ja mit seiner neuen Besitzlehre von den römisch-rechtlichen Anschauungen vollständig freigemacht. Die Denkschrift spricht auch zu ihren Gunsten: „Einen auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willen verlangt das Gesetz nicht. Denkbar sind Fälle, wo bei dem Erfordernisse des Willens der Erwerb — namentlich wegen Willensunfähigkeit der Person — ausgeschlossen ist, aber dennoch ein Bedürfnis nach Besitzschutz besteht." Auch das Gesetz selbst scheint in einigen seiner Bestimmungen diese Ansicht zu teilen. M. E. kann aber die im zweiten Entwurf erfolgte Beseitigung des vom Inhaber geforderten Willens, „die Sache als seine eigene zu haben", nicht als Argument für die Unnötigkeit des Willens beim Besitzerwerb überhaupt angeführt werden. Der erste Entwurf stand noch auf dem von Savigny vertretenen Standpunkt. Die Inhabung, das ist die tatsächliche Gewalt, und der animus domini gaben den Besitz. Jeder, der die Inhabung ohne diesen Willen ausübte, war nicht Besitzer. Es gab also im ersten Entwurf nur einen Besitz, der mit dem heutigen Eigenbesitz des § 872 identisch ist. Wo steht aber, daß mit der Beseitigung dieses besonderen zum Eigenbesitz erforderlichen Willens auch jeder andere Wille gestrichen worden ist? An der noch übrigbleibenden Inhabung wurde ja nichts geändert; sie ist im ersten und zweiten Entwurf und im heutigen § 854 die gleiche. Nur genügt sie jetzt für den Besitzerwerb, während sie im ersten Entwurf vom animus domini begleitet sein mußte. Die Frage, ob mit der Beseitigung des animus domini im zweiten Entwurf „auch jeder sonstige Wille" beseitigt worden ist, muß daher meines Erachtens verneint werden. Zum mindesten ist sie aber nicht im Sinne der herrschenden Meinung entschieden worden, sondern vielmehr offen geblieben[13]). Bei

13) Wendt, Besitz und Besitzwille, S. 5 ff. ebenso.

Aufstellung des § 777 im zweiten Entwurf ging die Ansicht auch bei weitem nicht dahin, daß hierdurch jeder Wille unnötig geworden sei. Im Gegenteil, es war streitig, ob als Erfordernis für den Besitzerwerb nicht wenigstens der auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichtete Wille zu fordern sei, und dabei wurde geltend gemacht, eine Gewalterlangung ohne solch einen Willen sei ja nicht möglich. Man entschied sich dann dahin, daß die Aufstellung des Willenserfordernisses entbehrlich sei, weil in den meisten Fällen eine Gewalt „ohne dieses" nicht gedacht werden könne, andererseits sei sie bedenklich, weil vielfach aus Gründen der Zweckmäßigkeit ein Besitz bejaht werden müsse, wo man einen Willen aber nur willkürlich annehmen könne[14]). Und dieselbe Schwierigkeit hat auch **Strohal** in seinem Sachbesitz zu lösen versucht. Wenn man hiervon ausgeht, hat man auch gar nicht nötig, den Versuch einer Erklärung zu machen, daß die tatsächliche Gewalt auch ohne Wille denkbar sei. Im ersten Entwurf, wo sie Inhabung hieß, waren alle die Fälle unter ihr zu verstehen, wo jemand in einer gewollten tatsächlichen Beziehung zu einer Sache stand, ohne den annimus domini zu haben. Und diese sind heute fast alle zum Besitz geworden. Die Gewalt erfordert auch, wie von vielen ausgeführt wird, ein Denken, ein Wollen der Person, die sie innehat[15]). Freilich versucht **Thoma** es, zu zeigen, daß sie auch ohne Willen möglich sei[16]), indem er sagt, die „Verteidiger des Willens — gemeint sind **Bruns,** der Besitz im Mittelalter und der Gegenwart § 55, **Endemann,** BGB. 2, S. 97 — halten deshalb eine Gewalt ohne Willen für ein Unding, weil sie sich den Begriff rechtsphilosophisch, ohne Rücksicht auf das positive Recht, erklären. Und dies dürfen sie nicht; wenn der Gesetzgeber, so führt er weiter aus, den Begriff ein-

---

14) Reatz, a. a. O., Anm. 3, zu § 777 d. 2. Entw., S. 407.

15) Wendt, Besitz und Besitzwille, S. 1 ff. Sokolowsky, a. a. O., S. 243, 431. Berg, a. a. O., 32 ff. Windscheid - Kipp, a. a. O., B. 2, 668. Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 81, 177 Bruns, Besitzerw. d. Interessenvertr., S. 58.

16) a. a. O., S. 24.

mal gewählt hat, so ist er nur in dem Sinne aufzufassen und zu verstehen, — welchen er ihm unterlegen wollte und selbst dann, wenn er hierdurch fälschlich einen Inhalt bekommt, der in ihm „philosophisch genommen" nicht enthalten ist." Dem ist aber doch entgegen zu halten, daß sowohl die Anhänger, wie die Gegner der Willenstheorie, abgesehen von der Frage des Besitzwillens über den Begriff der Gewalt ja doch ziemlich einig sind. Sie alle fassen die tatsächliche Gewalt gerade nicht sprachlich auf, sondern sehen in ihr eine Verkehrserscheinung, wie sie Recht und Wirtschaft schaffen und fortbilden. Ich meine, man kann hier doch schwerlich von einer Auffassung des Gewaltbegriffs im philosophischen Sinne reden, wenn man dazu ein Wollen für nötig hält. Sodann ist das BGB. bei seiner Besitzlehre von dem römischen Recht ausgegangen; wenn es sich schließlich hiervon befreite, so zeigt doch der erste Entwurf seinen engen Anschluß an die römisch-rechtlichen Anschauungen. Und bei den Römern bezog sich der ganze Streit über die zum Besitzerwerb erforderlichen Voraussetzungen doch nur auf „die tatsächliche Beziehung zur Sache, die von der Person gewollt war". Nur dann konnte die Frage entstehen, liegt Besitz oder Detention vor? Das räumliche Verhältnis ohne Wille war rechtlich ganz irrelevant. Allerdings hatte **Savigny** die gleiche Meinung von der Detention, ohne ihre mannigfaltige rechtliche Bedeutung zu berücksichtigen[17]). Aus der weiteren Entwicklungsgeschichte können wir sodann nur noch sehen, wie das bürgerliche Recht den römisch-rechtlichen Standpunkt aufgegeben hat. Aber dafür fehlen die Anhaltspunkte, daß es die Fälle, die bei den Römern unstreitig nicht geschützt wurden, weil sie nur Raumbeziehungen darstellten, auch mit in den Kreis des Besitzschutzes ziehen wollte. Auch das spricht m. E. gegen die herrschende Meinung. Wenn die Anhänger der herrschenden Lehre sich ferner im Anschluß an die Denkschrift darauf berufen, nur, wenn man von dem Erfordernis

17) Savigny, a. a. O., S. 26, 47, 70 usw., ähnlich mit einigen Abweichungen: Randa, a. a. .O., § 1 u. § 3. Dagegen Goldschmidt, a. a. O., § 4 und Baron in Ih. Jahrb., Bd. 29, S. 295.

des Willens absehe, lasse sich ein Besitzerwerb willensunfähiger Personen, den man doch unbedingt gestatten müsse, erklären, so fassen sie diesen Willen falsch auf. Sie unterwerfen ihn den Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, während ihre Gegner ihn alle so definieren, daß auch ein Geschäftsunfähiger ihn betätigen kann[18]). **Frank** — Besitzwille — bezeichnet diesen Willen zum Unterschied von dem rechtsgeschäftlichen, als einen natürlichen Willen. Diesen kann aber ein Geisteskranker, etwa ein Wahnsinniger, auch haben, mag derselbe auch noch so sehr von demjenigen eines normalen Menschen abweichen; es genügt, wenn der Kranke sich den Willen in natürlicher Weise selbst bilden kann. Und andererseits kann ein solcher Wille dem geistig ganz gesunden Menschen fehlen, wenn er augenblicklich seine geistige Tätigkeit teilweise außer Funktion gesetzt hat — z. B. der Schlafende. Ganz allein steht allerdings **Endemann,** der nicht nur streng an dem Willensdogma festhält, sondern sogar einen rechtsgeschäftlichen Willen fordert[19]). Auch das Gesetz selbst spricht gegen die herrschende Meinung. Nach § 867 hat der Besitzer eines Grundstücks die Aufsuchung und die Wegnahme der Sache zu gestatten, welche aus der Gewalt des Besitzers auf das Grundstück gelangt ist. Um seine Sache wiederzuerlangen, kann ihr Besitzer die Besitzklage nicht anwenden, schon allein deshalb nicht, weil sie verbotene Eigenmacht voraussetzt. Die Eigentumsklage geht nur gegen den Besitzer. Daher hat er einen interimistischen Rechtsbehelf, den Abholungsanspruch — es sei denn, daß die Sache inzwischen von dem Grundstücksinhaber in Besitz genommen ist. Dann mag er ja eins der andern Hilfsmittel anwenden. Die Tatsache, daß die Sache sich auf dem Grundstück des anderen befindet, verschafft diesem also noch nicht die tatsächliche Gewalt. Und wie steht es mit dem § 911 BGB., den die Gegner mit gleichem Recht zur Widerlegung heranführen? Zunächst kann man entgegenhalten, es handele sich hier um eine spezielle Vorschrift zur Rege-

---

18) Siehe Literatur auf S. 19, Anm. 15.
19) Endemann, BGB., Bd. 2., S. 81.

lung des Nachbarrechtes, der bei weitem nicht die allgemeine Bedeutung zukommt, wie dem § 867 BGB. Aber andere gehen noch weiter[20]). Auch er zeige, so sagen sie, die Notwendigkeit des Willens. Beide Paragraphen sollen das Aufsuchungsrecht dann ausschließen, wenn die Sache sich mit dem Willen des Grundstücksbesitzers auf dessen Grund und Boden befindet. Dann hat dieser ja auch Besitz erworben. So will der Nachbar die hinüberfallenden Früchte haben. Andernfalls würde er Maßregeln anwenden, um ein Hinüberfallen zu verhindern. Deshalb hat der Baumeigentümer nicht das Recht der Nachsuche. Im Augenblick des Hinüberfallens hat der andere ja schon den Besitz erlangt. Die gänzlich verschiedenen Tatbestände sollen zeigen, daß stets ein Wille erforderlich ist. Im ersten Falle müssen zur räumlichen Beziehung noch Anzeichen hinzukommen, aus denen man ihn deutlich erkennen kann. Im zweiten soll [21]) schon allein die Möglichkeit, daß Früchte hinüberfallen können, den Erwerbswillen des Nachbars andeuten. Es ist ähnlich so, als wenn ich einen Briefkasten an meine Haustür hänge, oder eine Falle, oder Schlinge aufstelle. Wenn wir auch nicht so weit gehen wie **Frank**, so kann jedenfalls der § 911 BGB. mit seiner geringen Bedeutung nicht mit dem Erfolge zur Unterstützung der herrschenden Meinung ins Feld geführt werden, wie der § 867 zur Widerlegung. Weshalb stellt schließlich das Gesetz auch „den Erwerb der tatsächlichen Gewalt" so streng der Möglichkeit, diese Gewalt auszuüben, gegenüber, wenn die gegebene tatsächliche Beziehung allein ohne Wille, wie sie mit letzterer ohne Zweifel gemeint ist, zum Besitzerwerb genügen würde? — Weil der Sinn der Person, die die Möglichkeit hat, die Gewalt auszuüben, sich erst auf diese Möglichkeit richten soll, und dann kann sie allenfalls erst als Ausdruck, als Betätigung des Besitzwillens gelten, und dann ist ja erst eine Gewalt vorhanden.

Im folgenden soll nun festgestellt werden, ob dieser Wille in gewissen Fällen, „beim Vorhandensein einer sehr engen tat-

---

20) Siehe Frank a. a. O., S. 1 ff.
21) Nach Frank.

sächlichen Beziehung" zwischen Person und Sache, sich wirklich nur willkürlich konstruieren läßt oder gar als Fiktion anzusehen ist, wie die herrschende Meinung behauptet. Es soll allerdings nicht in Abrede gestellt werden, daß die überaus starke Betonung des Willens schon zu Uebertreibungen geführt hat. Eine große Rolle spielen hier die Fälle, wo in unserer Abwesenheit Gegenstände unbestellt für uns abgegeben werden. Man hat hier in gleicher Weise, wie in ähnlichen, wo Vorrichtungen getroffen werden, um den Erwerb zu vermitteln — Briefkästen, Fallen usw. — wo unzweifelhaft ein Wille gegeben ist, angenommen, daß der Inhaber der Wohnung ein für allemal den Herrschaftswillen über die dem Bereich seiner Wohnung anvertrauten Sachen habe[22]). Indessen wird hier m. E. etwas zu weit gegangen. Ich denke, die Lösung ist einfacher, wenn man es ganz für überflüssig hält, hier den Besitzerwerb zu verteidigen. Das Anwendungsgebiet für diese Fälle ist dazu auch viel zu gering. Alle diejenigen fallen doch weg, wo in meiner Abwesenheit Sachen für mich meinem Angestellten, Portier, Dienstmädchen, Hausburschen, übergeben werden. Denn die auf diese Weise unbestellt in mein Haus gelangten Gegenstände sind angenommen worden. Der Angestellte, der sie für mich entgegennimmt, handelt doch wohl gewöhnlich in Ausübung der Befugnisse, die ich ihm erteilt habe. Der Fall ist genau derselbe, als wenn ich selbst die Sachen in Empfang genommen hätte. Und was macht man mit den Sachen, die einem auf diese Weise ins Haus gebracht werden, Geschäftsempfehlungen, Proben von Zeitschriften, von Büchern, usw.? — Man nimmt sie gewöhnlich an, überzeugt sich von ihrem Inhalt, und wenn man kein weiteres Interesse für sie hat, wirft man sie in den Papierkorb. Aber solange man ihren Inhalt nicht kennt, sich die Mühe gibt, ihn kennen zu lernen, zeigt man doch den deutlichen Willen sie zu haben. Und genau mit meinem Willen handelt so auch mein Angestellter, wenn er die Sachen für mich in Empfang nimmt.

---

22) Frank, a. a. O., 1 ff; auch Endemann II, a. a. O., S. 157, § 38. Dagegen Strohal, Sachbes., S. 74.

Es bleiben also die wenigen Beispiele übrig, wo Sachen für mich niedergelegt werden. Hier mag es mir auch ganz gleichgültig sein, ob ich Besitzer geworden bin oder nicht. Der ehemalige Besitzer handelt dann auf eigene Gefahr, wenn er seinen Besitz aufgibt, ohne ihn mir zu verschaffen[23]). Man kann hier ganz gut den Erwerb verneinen, weil kein Wille vorhanden ist, statt, wie Frank, zur Zweckbestimmung der Wohnung seine Zuflucht zu nehmen. **Strohal** vertritt auch die herrschende Meinung indem er einen Willen für den Besitzerwerb nicht unbedingt für erforderlich hält. Er betont aber ausdrücklich, daß derselbe nicht ganz bedeutungslos, sondern vielfach geradezu notwendig sei, weil man mitunter nur aus dessen Dasein bestimmen könne, ob eine tatsächliche Beziehung zwischen Person und Sache zugleich die tatsächliche Gewalt begründe oder nicht[24]). Der gleiche äußere Tatbestand begründet also unter Umständen Besitz oder nicht, je nachdem er eine rein räumliche Beziehung darstellt, oder zugleich auch eine Willensbetätigung. Aber wann liegen die Fälle vor, wo wir den Willen zur Feststellung des Gewaltbegriffs notwendig haben, und wann genügt die tatsächliche Beziehung hierzu, ohne daß wir das Vorhandensein eines Willens prüfen müssen? Strohal bringt für den Erwerb ohne Willen folgendes Beispiel: „Ein Buchbinder bringt Bücher, die ich ihm zum Einbinden gegeben habe, zurück und stellt sie in meiner Bibliothek auf. Unter den zurückgebrachten befindet sich ein solches, das mir nicht gehört, ohne daß ich dies erkenne. Frank hält den Besitz für nicht erworben, das fremde Buch widerspreche ja der Zweckbestimmung der Wohnung. Ich meine, ein Besitzerwerb mit Willen läßt sich rechtfertigen. Der Fall ist gleichzuachten dem andern, wo ich irrtümlich fremde Papiere in meinen Schreibtisch mit einschließe. In beiden Fällen bin ich Besitzer geworden. So auch die herrschende Meinung, aber nach ihr ohne Willen. Denn die Beziehung zwischen Person und Sache ist nach ihr von solcher Tatsächlichkeit, daß sie ohne

---

23) Wendt, Besitz und Besitzwille, S. 5 ff.
24) Strohal, Sachbesitz, S. 67, 75.

Feststellung eines Besitzwillens als tatsächliche Gewalt angesehen werden kann. Aber ist hier nicht doch ein Wille vorhanden? Damit soll nicht gesagt sein, daß ich die eingeschlossenen, mir nicht gehörenden Papiere, das fremde Buch in meiner Bibliothek, dem wahren Eigentümer vorenthalten will. Aber wenn dieselben in einen solchen Bereich gelangt sind, in dem ich ausschließlich herrschen will, so werden sie von diesem Willen mitumfaßt; selbst wenn ich nicht weiß, daß in meinem Schreibtisch fremde Papiere sind, so will ich sie doch zunächst, wie alle anderen dort befindlichen Gegenstände, behalten[25]). Auch werde ich dem Buchbinder nicht so ohne weiteres gestatten, das Buch aus der Bibliothek herauszuholen, und dem Fremden werde ich nicht den Schlüssel geben zwecks Durchsuchung meines Schreibtischs; das zeigt doch, daß ich einen Herrschaftswillen auch über die mir nicht gehörenden Gegenstände habe. Man mag den Einwand erheben, warum ich denn nicht mit gleichem Recht Besitzer der in meinem Geschäft von den Kunden stehen gelassenen Schirme, Ueberschuhe, Spazierstöcke, geworden bin? In der Tat ist an den genannten Gegenständen schon mitunter ein solcher Erwerb ohne Willen angenommen worden[26]). Frank verneint ihn, weil er sich wieder mit der Zweckbestimmung der Wohnung nicht vereinbaren lasse. Ich meine, dem Erwerb steht auch § 856 BGB. entgegen. Wenn wir hier den Erwerb bejahen — ein Wille läßt sich hier nur willkürlich konstruieren — so setzen wir uns in Widerspruch damit, daß eine ihrer Natur nach vorübergehende Hinderung in der Ausübung der Gewalt den Besitz nicht beendigt. Und eine solche Beendigung müßten wir dann ja in dem Augenblicke annehmen, in dem der Stock oder Schirm bei mir niedergestellt wird bezw. der Gast sich entfernt ohne ihn mitzunehmen. Auch die sonstigen Beispiele Strohals für den Erwerb ohne Willen[27]) möchte ich nur in ihrem Endresultate mit meiner Ansicht in Einklang bringen. Es fällt

---

25) So auch Endemann, BGB. II, § 38, S. 157, insbes. auch Anm.
26) Siehe die Ausführungen von Wendt, a. a. O., S. 5 ff.
27) Sachbesitz, S. 71-72.

z. B. ein Ziegel vom Dache meines Hauses. Ich bin Besitzer desselben geworden, ohne Wissen und Wollen. Zunächst wurde der Ziegel, als er noch Bestandteil des Hauses war, doch von meinem, sich auf dieses beziehenden Besitzwillen mitumfaßt, ganz abgesehen von der Frage, ob nicht ein besonderer Besitz an dem Ziegel auch vorher schon, trotz seiner Bestandteilseigenschaft möglich war. Und wer sagt, daß dieser Wille sich n i c h t an dem einzelnen Teile nach seiner Lösung von dem Hause fortsetzte; er ist ja geradezu selbstverständlich. Weiter wird nach S t r o h a l der Eigentümer eines Wildparks, eines Fischteichs ohne Wissen und Wollen Besitzer der jungen Tiere. Auch hier ist es ganz natürlich, daß ich schon lange, bevor diese Tiere entstanden sind, als Besitzer der alten Tiere den Willen besaß, auch einst die jungen zu besitzen. Ferner sagt **Strohal:** „Wenn jemand Besitzer einer Sache ist, und der Besitz wird ihm durch Zerstörung der tatsächlichen Beziehung entzogen — die Sache wird z. B. gestohlen — und später wird der alte Zustand heimlich wiederhergestellt — der reumütige Dieb bringt die Sache z. B. zurück — so erwerbe ich in diesem Augenblicke ohne Wissen und Wollen Besitz derselben. Auch hier ist die Annahme eines Besitzwillens nicht so ganz unnatürlich. Denn gewöhnlich bin ich doch froh, die Sache wiederzuerhalten, und vielleicht sogar bereit, dem Täter seine Handlungsweise zu verzeihen.

Mit **Strohal** stimmt auch **Leonhard** [28]) ziemlich überein, wenn er nur insoweit einen Willen fordert, als derselbe nötig zur Herstellung der tatsächlichen Gewalt erscheint; um also dem Uebelstand abzuhelfen, daß bei vollständiger Leugnung des Willens jedes Raumverhältnis als Besitz angesehen werden könne. Andererseits hält er einen Erwerb ohne Wissen und Wollen für möglich, weil in gewissen Fällen einer sehr engen tatsächlichen Beziehung zwischen Person und Sache eine tatsächliche Gewalt angenommen werden könne, ohne das Vorhandensein eines Willens zu prüfen. Ich gebe zu, daß sowohl die Bejahung wie die Verneinung des Willens zu unzweckmäßigen Er-

28) a. a. O., S. 69, 70.

gebnissen führen kann. Aber, hat man mit einer teilweisen Bejahung oder Verneinung etwas gewonnen? Es muß doch zugegeben werden, daß das Gesetz eher gegen als für die Verneinung spricht, zum mindesten aber die Frage ziemlich unentschieden gelassen hat. Schließen wir uns strikt der herrschenden Meinung an, so haben wir kaum die Möglichkeit, das bloße Raumverhältnis immer von den Fällen, in denen ohne Prüfung des Willens ein Schutz angebracht ist, zu unterscheiden. Wir laufen Gefahr, ersteres sehr häufig zu schützen. Also ein unzweckmäßiges Resultat. Und diese Möglichkeit ist auch dann noch nicht ganz aus dem Wege geräumt, wenn wir mit Strohal und Leonhard den Willen nicht unbedingt fordern, ihn aber in gewissen Fällen für erforderlich halten, um festzustellen, „ob eine tatsächliche Beziehung als Gewalt anzusehen ist oder nicht". Denn wodurch unterscheidet sich der Fall, daß fremde Papiere von mir in meinem Tische eingeschlossen sind, von demjenigen, daß fremde Personen in meinem Hause ohne Aufsicht Bilder und andere Gegenstände betrachten, während ich abwesend bin? Die tatsächliche Beziehung ist die gleiche. Im ersten Falle wird die herrschende Meinung meinen Besitz an den eingeschlossenen Papieren anerkennen, allerdings ohne Willen. Aber nicht den Besitz der Besucher an den in meiner Wohnung befindlichen Bildern oder sonstigen Gegenständen. Aber wie will die herrschende Meinung im zweiten Falle die Verneinung des Besitzerwerbs seitens der Hausbesucher begründen? Ich glaube, es ist am zweckmäßigten, stets einen Willen zu verlangen. Zunächst fällt dann die Möglichkeit weg, daß das bloße Raumverhältnis geschützt wird. Zur Vermeidung dieser Folge fordern ihn ja auch Strohal und Leonhard[29]). Und in den anderen Fällen, wo ein Gewaltverhältnis ohne Prüfung des Willens angenommen werden kann, läuft man m. E. auch weniger Gefahr willkürlich zu entscheiden, wenn man an der Notwendigkeit des Willens festhält. Die von uns vertretene Ansicht weicht in ihrem Endresultat von derjenigen Strohals und Leonhards auch nicht ab. Wäh-

29) Strohal, Sachbesitz, S. 67, 75. Leonhard, a. a. O., S. 69, 70.

rend diese beiden Autoren aber den Nachweis eines Willens nur fordern, insoweit er zur Herstellung der tatsächlichen Gewalt nötig ist, soll hier der Versuch gemacht werden, zu zeigen, daß auch in den andern Fällen einer tatsächlichen Beziehung zwischen Person und Sache, wo Strohal und Leonhard eine tatsächliche Gewalt ohne Willen annehmen, ein Wille vorhanden ist — so auch Cos. a. a. O. 2 S. 68 III 1, 2 —.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, eine räumliche Beziehung zwischen Person und Sache allein genügt nicht zum Besitzerwerb, vielmehr muß diese als Betätigung des auf das Haben gerichteten Willens der Person erscheinen. Hierdurch entsteht ein neuer Begriff, die tatsächliche Gewalt, die, wenn sie sozial anerkannt wird, zum Besitzerwerbe genügt.

§ 6. Einleitung zu § 855.

Das BGB. hat mit seiner neuen Besitzlehre, mit der anderen Würdigung des Willens, das Gebiet der römischen Detention größtenteils zum Besitz erhoben. Wenn es trotzdem, zum Unterschied vom Entwurf I, noch einen kleinen Rest im § 855 BGB. erhalten hat, so müssen nach obengesagtem andere Gründe hierfür maßgebend gewesen sein, als bei den Römern. Das für die heutige Inhabung ohne Schutz entscheidende Moment darf nicht im Fehlen des animus domini, oder des animus rem sibi habendi gesucht werden, da eine bestimmte Willensrichtung für die Besitzlehre des BGB. nicht mehr gefordert wird. Es kann sich erübrigen, im einzelnen auf die Bezeichnungen, die man dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt, der nicht Besitzer ist, gegeben hat, näher einzugehen. Erwähnt sei zunächst der von **Bekker**[30]) stammende Ausdruck „Besitzdiener", der in der Literatur den meisten Anklang gefunden hat. Er sagt allerdings teils etwas zu viel und ist daher in einigen Fällen geeignet, eine falsche Vorstellung von dem Machthaber zu erwecken, wie unten noch gezeigt werden soll[31]). Treffender ist **Strohals** Vorschlag[32]), ihn

30) a. a. O., S. 42.
31) Siehe S. 35.
32) Iherings Jahrb., Bd. 38, S. 13.

als „nicht selbständigen Inhaber" zu bezeichnen. Der Ausdruck Diener sei zwar im allgemeinen ganz geeignet, passe aber nicht auf die Fälle der momentanen Detention. Die von Strohal gewählte Bezeichnung deutet doch wenigstens an, daß die selbständige Gewalt bei dem Herrn bleibt und die des Dieners hiervon abhängig ist, weniger geeignet ist die Bezeichnung Kohlers „Besitzhalter" (Arch. f. b. Recht, B. 18, S. 110) und die Dernburgs „Besitzgehilfe" (a. a. O. III. S. 47). Dieselben haben auch kaum Anklang gefunden.

§ 7. Die Stellung des § 855 im Gesetz.

Die Einführung des § 855 hat sofort zu der Meinungsverschiedenheit Anlaß gegeben, ob man hierin eine Ergänzung des im § 854 aufgestellten Prinzips, oder eine Ausnahmevorschrift zu erblicken habe. Leonhard[33]), der die letztere Ansicht vertritt, geht davon aus, daß es sich hier lediglich um solche Fälle handele, wo der Herr als Besitzer gelte, ohne die tatsächliche Gewalt zu haben, diese komme nur dem Diener zu, und trotzdem sei dieser — darin bestehe eben die Ausnahme — nicht Besitzer. Andere, — Planck, Kommentar § 855 Anm. — sagen, in der, zum Besitz erforderlichen Gewalt sei zugleich das Moment der Selbständigkeit enthalten; dies Erfordernis ergebe sich negativ aus § 855, wo die Selbständigkeit dem Diener fehle. So ergänzten sich beide Paragraphen, indem sie zusammen das zum Besitzerwerb erforderliche enthalten. Ich möchte mich im Ergebnis der letzteren Meinung anschließen. Nehmen wir wirklich ausnahmsweise hier einen Besitz des Herrn ohne tatsächliche Gewalt an, so kann dieser Besitz gemäß § 856 BGB. nicht enden. Schon dies veranlaßt mich, ihn nicht als Ausnahme anzusehen. Der Herr hat daher die tatsächliche Gewalt. Dies entspricht auch der Auffassung, welche wir davon haben, als von einem dem Verkehr und dem wirtschaftlichen Leben entnommenen Begriff. Nach dem „Wortlaut"

33) a. a. O., S. 63.

hat sie allerdings auch der Diener. Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß es sich um eine Ausnahme von dem im vorhergehenden Paragraph aufgestellten Rechtssatze handelt. Denn die dem Diener gegebene Gewalt ist etwas Grundverschiedenes von derjenigen, die den Besitz begründet. Das einzige, was die beiden als tatsächliche Gewalt bezeichnenden Begriffe gemeinsam haben ist m. E. die sprachliche Bezeichnung. Einmal haben wir darunter eine selbständige, sozial anerkannte, zum Erwerb genügende zu verstehen, wie sie sich aus § 854 ergibt, und das andere Mal im § 855 eine unselbständige, die diese Anerkennung nicht erhält. Der ganze Streit scheint also in der sprachlich ungenauen Fassung seine Ursache zu haben; er ist beseitigt, wenn wir der tatsächlichen Gewalt des Dieners eine andere sprachliche Bezeichnung geben[34]). Auch — Endemann Einf. 2 S. 33 — sieht hierin die Ursache der Widersprüche.

§ 8. Das charakteristische Merkmal für die Inhabung des bürgerlichen Rechts.

Das Gesetz spricht zunächst von der Ausübung der tatsächlichen Gewalt im Haushalte oder Erwerbsgeschäfte eines andern. Es muß also stets ein engeres Band zwischen Herr und Diener vorhanden sein, infolge dessen letzterer in obengenannter Weise für den Herrn tätig wird und dadurch die Gewalt über dessen Sache erlangt. Die angeführten Beispiele füllen das Anwendungsgebiet des Paragraphen nicht aus. Der Gesetzgeber will die Bestimmung auch in allen ähnlichen Fällen anwenden, wo der nicht besitzende Gewalthaber den sich auf die in seiner Gewalt befindlichen Sache beziehenden Anordnungen des Herrn Folge leisten muß. Es fragt sich nun, wann eine solche Gehorsamspflicht vorliegt, und was unter derselben zu verstehen ist? Haben wir es hier lediglich mit rechtlichen Beziehungen zwischen

---

34) Auch Reatz, a. a. O., Anm. 4 zu § 778, 2. Entw. sieht hierin keine Ausnahme, sondern nur eine Folge und Ergänzung des vorhergehenden Paragraphen.

beiden Personen zu tun, aus denen sich für beide nur rechtliche Pflichten ergeben, in bezug auf die in der Gewalt des Dienenden sich befindende Sache, oder ist die dem Herrn gegebene Möglichkeit des jederzeitigen Eingreifens unabhängig von einer rechtlichen Bindung? Es kann ohne Zweifel nur letzteres gemeint sein. Allen Fällen, die hier in Betracht kommen, liegt der Gedanke zugrunde:

Der Herr hat bei der Vielseitigkeit des heutigen Verkehrs nicht immer die Möglichkeit, seine Sachen zu jeder Zeit in seiner unmittelbaren Gewalt zu behalten; um sie stets in wirtschaftlich vorteilhafter Weise gebrauchen zu können, muß er sich häufig einer zweiten Person bedienen, damit diese den Erfolg herbeiführt; oder er gibt einem andern aus irgend einem Grunde die tatsächliche Gewalt über seine Sache in dessen eigenem Interesse, ohne aber im entferntesten hierbei den Willen zu haben, sich dieser Person gegenüber zu binden, seine eigene Macht dadurch einzuschränken, sich Pflichten aufzuerlegen[35]). Stets verbleibt also dem Herrn die gleiche Machtstellung wie vorher. Der Diener ist ganz von dessen Direktive abhängig. Er übt die Macht für den Herrn aus — für einen andern —. Damit soll jedoch nicht gesagt werden, daß sie auch notwendig in des Herrn Interesse geübt werden muß. Um somit die Voraussetzungen des § 855 zu bestimmen, müssen wir stets folgende Frage bejahend beantworten können:

Hat der Herr trotz Einräumung der Herrschaft an den Diener die gleiche unabhängige Machtstellung inne behalten, so daß er jederzeit die Sache an sich nehmen und mit ihr machen kann, was er will?

Die Antwort hierauf geben uns die Anschauungen des täglichen Lebens, die Verkehrsauffassung usw.; die ganze Beziehung zwischen Herr und Diener überhaupt ist nicht juristisch, etwa privatrechtlicher Natur, sondern sie muß nach sozialen Grundsätzen bemessen werden[36]). Als Anhaltspunkt kann häufig auch

---

35) im Unterschied zu den Fällen des § 868 BGB.

36) Leonhard, a. a. O., S. 63.

die örtliche Lage der Sache dienen. Je näher beide Personen räumlich zu einander stehen, je weniger ist das Bedürfnis vorhanden, beide rechtlich zu schützen. Eine so enge Beziehung, wie die Beispiele des Paragraphen sie anführen, ist nicht notwendig. Die Aehnlichkeit besteht nicht in der Form, wie die Gewalt äußerlich geübt wird, sondern in dem immer vorhandenen Verhältnis der Ahbängigkeit, der Unselbständigkeit des Dieners; von einer solchen wird man aber dann nicht mehr reden können, wenn sich die Lage der Sache so weit aus dem Machtbereich des Herrn entfernt hat, daß dieser überhaupt die Möglichkeit unmittelbarer Herrschaft nicht mehr hat, wodurch der Diener dann selbständig wird. Notwendig muß man aber fordern, daß der Diener eben infolge seiner Unterordnung unter den Herrn die tatsächliche Gewalt erlangt. Dies ist nicht der Fall, wenn das Dienstmädchen z. B. eine Sache der Herrin entwendet, ohne vorher im Rahmen des Dienstverhältnisses die Gewalt darüber erlangt zu haben, etwa vor Antritt des Dienstes. Die Abhängigkeit selbst kann nach der Lebensauffassung bald eine strengere, bald eine freiere sein; je nachdem werden wir dann mitunter trotz weiter örtlicher Entfernung die Beziehung der Unterordnung des Dieners unter den Herrn noch als vorhanden ansehen oder nicht. So ist ersteres der Fall z. B. bei dem Soldaten inbezug auf seine Waffen. Den Reisenden dagegen, der mit dem Koffer, den Mustern und Warenproben des Geschäftsherrn sich auf der Geschäftstour befindet, wird man vielfach nicht mehr als Diener auffassen; allerdings kann dies im einzelnen Fall nach Lage der Sache wohl auch möglich sein. Gewöhnlich aber hat er freie Hand, er handelt ziemlich selbständig auf seiner Reise. Es ist ihm vielfach gestattet, über die seinem Prinzipal gehörigen Sachen, Muster, Warenproben usw. nach Gutdünken zu verfügen, sie z. B. an Kunden zu verschenken usw., allerdings immer nur unter Wahrung der Interessen seines Herrn. Diese Bewegungsfreiheit wird in den meisten Fällen den Grund bilden, weshalb wir ihn nicht mehr als Diener, sondern als Besitzer der Sachen ansehen. Bei der Ausübung der Gewalt ist der Wille des Dieners für den Begriff der Abhängigkeit und für seine Unter-

ordnung unter das Befehlsrecht des Herrn ohne Einfluß. Sein Entschluß, die Gewalt fernerhin nicht mehr für den Herrn, sondern für sich ausüben zu wollen, ist gleichgültig und verändert die Sachlage nicht, weil eben die objektive Verkehrsanschauung entscheidet[37]). Das gleiche gilt auch, wenn er eine Sache für den Herrn erwerben soll. Sobald und solange sich das den Erwerb vermittelnde Geschäft als eine Handlung darstellt, die objektiv nach der Verkehrsanschauung und entsprechend der bestehenden Abhängigkeit unter das Dienstverhältnis fällt, solange erwirbt der Herr unmittelbar den Besitz auch bei abweichendem Willen des Dieners. Mit Recht erklärt auch **Dernburg**[38]) allein die Stellung des Empfängers im Verkehrsleben, die Zugehörigkeit des Geschäfts zu dem Kreise der ihm angewiesenen Dienststellung für maßgebend; weil der Diener innerhalb seines Pflichtenkreises durch seinen abweichenden Willen allein den Besitz nicht für sich zu erwerben imstande ist, erwirbt er ihn trotz dieses Willens dem Herrn[39]). Dies bedarf eigentlich kaum einer näheren Begründung bei der geringen Bedeutung, die das BGB. überhaupt dem bestimmt gearteten Willen in der Besitzlehre zukommen läßt. Zudem ist der Wille ja auch gleichgültig, solange er nur innerlich vorhanden ist und nicht in Erscheinung tritt. Ist er allerdings erkennbar, zeigt sich, daß der Diener seine Gewalt gar nicht mehr ausübt, wie wir es mit Rücksicht auf seine Beziehung zum Herrn erwarten können, so ändert dies unter Umständen seine Stellung; er wird zum Besitzer; aber daran ist nicht seine Willensänderung allein schuld, sondern die hiermit verbundene, äußerlich erkennbare Aenderung seiner sozialen Beziehung, die dem Verhältnis der Unterordnung widerspricht, dieselbe beseitigt, womit das charakteristische der Besitzdienerschaft entfällt[40]).

37) Crome, a. a. O., Bd. 3, S. 25. Burghoff, a. a. O., S. 43. Fleck, a. a. O., S. 366. Thoma, a. a. O., S. 53.

38) a. a. O., Bd. 3, S. 62.

39) So auch Crome, a. a. O., Bd. 2, S. 46. Bartels, a. a. O., S. 665. Hoos, a. a. O., S. 34. Strohal, Sachbes., S. 24. Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 13.

40) Bruns, a. a. O., S. 146 ff.

§ 9 Abweichende Ansichten.

Im Gegensatz zu dieser allgemein vertretenen Ansicht[41]) suchen andere[42]), insbesondere auch **Kreß**[43]) in gleicher Weise wie die Römer nicht in der sich aus der Verkehrsanschauung und der Auffassung des praktischen Lebens ergebenden Unterordnung das entscheidende Merkmal, sondern allein in dem Willen des Dieners, der nicht darauf gerichtet sei, die Sache für sich zu haben; der also nur solange Diener sei, als er die Sache, ohne für sich eine Herrschaft zu beanspruchen, in seiner Gewalt habe[44]). Dies widerspricht eigentlich vollständig der neuen Besitzlehre. Man wollte ja gerade ein zuverlässigeres Merkmal haben und nicht von dem stets wechselnden Willen abhängig sein, durch den man genötigt wurde, bei Feststellung eines Besitzverhältnisses immer die schwierige, häufig erfolglose Untersuchung vorzunehmen, was für ein Wille denn eigentlich bei dem einzelnen vorhanden sei[45]). Kreß gibt zwar zu, daß in vielen Fällen eine Abhängigkeit vorliege; aber hierin dürfe man nicht das entscheidende Merkmal suchen; denn es sei nur die äußere Form für den auch heute noch maßgebenden Willen des Dieners, die Sache für einen andern, nicht für sich inne zu haben. In irgend einer Weise müsse sich der Wille zeigen, um anerkannt zu werden. Aber das Abhängigkeitsverhältnis sei nicht die einzige Form für dessen Erkennbarkeit und darum auch nicht das charakteristische. Zum Beweise seiner Ansicht führt er folgendes an: Der Gastgeber sei Diener des Gastes in bezug auf dessen Kleidungsstücke, Mantel und Schirm, die er bei ihm im Hause abgelegt habe. Der Gast Diener des Gastgebers inbezug auf dessen Tischgeräte. Hier könne man doch von einem Abhängigkeitsverhältnis nicht reden. Der Dienstherr sei sodann

---

41) Lit. s. S. vorher, und ferner Biermann, a. a. O., S. 100. Endemann, Bd. 2, a. a. O., S. 169. Bruns, a. a. O., S. 149. Planck, Kom. 3, S. 36.

42) Wendt, Arch. f. c. Pr. B. 87, S. 42. Cosack, BGB. 2, S. 66.

43) a. a. O., S. 166 ff.

44) Cosack, Wendt, a. a. O., S. 66, S. 42.

45) Leonhard, a. a. O., S. 69 ff.

unter Umständen Diener der den eigenen Angestellten gehörenden Sachen. Auch hier sei der Diener von seinem Herrn nicht abhängig.

In den angeführten Beispielen handelt es sich um Fälle, wo der Diener die Gewalt teils im eigenen, teils im Interesse seines Herrn, aber „immer" unter dessen Augen ausübt. Ob diese ohne weiteres auch dem § 855 BGB. unterzuordnen sind, wie Kreß und manche andere[46]) es annehmen, soll später erörtert werden[47]). Es sei hier zunächst unterstellt, daß es sich um Fälle des § 855 handelt.

Zur Widerlegung sei aber folgendes gesagt: Kreß faßt den Begriff der Unterordnung zu wörtlich auf. Er hat hiervon die unrichtige Vorstellung, die man von dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt im § 855 gewinnen kann, wenn man sich sklavisch an den „Bekker'schen" Ausdruck „Diener" hält. Wir müssen uns hüten, dem Besitzdiener auch allgemein eine untergeordnete Stellung einzuräumen, und seine Beziehung zum Besitzer wohl unterscheiden von dem Stande, dem er gesellschaftlich, unter Berücksichtigung seines Berufes und etwa seiner Vorbildung angehört. Die soziale Beurteilung des Abhängigkeitsverhältnisses verlangt nicht, daß der Gewaltinhaber überhaupt unter dem Herrn stehe, wie es allerdings häufig der Fall sein wird. Es handelt sich bei der Stellung des Dieners ja nicht um eine Eigenschaft, die diesem allgemein zukommt, sondern nur um eine bestimmte tatsächliche Beziehung, in die er zu dem Herrn dadurch gelangt, daß er gegenwärtig die Gewalt über dessen Sache ausübt. Die Beurteilung der Abhängigkeit bezieht sich allein auf das Verhältnis des Dieners zum Herrn und darum kann auch der Fabrikherr Diener seines geringsten Arbeiters sein. Beide haben nach dem Gesetz die tatsächliche Gewalt; aber nur die des Herrn ist selbständig und übergeordnet; nur sie wird rechtlich anerkannt; insofern ist der Diener abhängig. Und zeigen dies nicht auch die von Kreß angeführten Beispiele? Wenn ich bei meinem

---

46) Strohal, Sachbes., S. 11.
47) Fischer-Henle, a. a. O., Anm. zu § 855.

Freunde als Gast weile und ihm währenddessen meinen Mantel zur Aufbewahrung anvertraue, so will ich dadurch keine rechtlichen Ansprüche erwerben, ihm keine Pflichten auferlegen. Es wäre sonderbar, wollte man hier einen Verwahrungsvertrag annehmen. Ich allein will doch Herr bleiben, jederzeit mit dem Kleidungsstück machen können, was ich will. Und ist mir dies nicht jederzeit nach den gesellschaftlichen Anschauungen gestattet? Zwingt nicht schon die Anstandspflicht meinen Freund, nach meinem Willen zu handeln? Sind es nicht ebenfalls die Vorschriften des Anstands und der Sitte, welche auf die Teller und Tischgeräte Anwendung finden, die ich als Gast meines Freundes in meiner Gewalt habe. Der abweichende innere Wille zerstört hier noch nicht die äußerlich gegebene Unterordnung. Daß Kreß wirklich eine Abhängigkeit in dem obenerwähnten falschen Sinne meint, zeigen auch seine weiteren Ausführungen[48]): Das Abhängigkeitsverhältnis, so fährt er fort, sei deshalb nicht das charakteristische, weil es fortdauern könne, obgleich der Wille des Dieners „pro alieno habendi" aufgehört habe. Z. B. das Dienstmädchen unterschlägt — vielmehr stiehlt —[49]) einzelne Sachen der Herrin. Es bleibt aber im Dienste, solange der Diebstahl nicht bemerkt wird und daher keine Entlassung erfolgt. Ohne Zweifel bleibt hier das Abhängigkeitsverhältnis bestehen. In bezug auf die entwendete Sache ist es aber doch Besitzer geworden. Hiermit ist also gezeigt, oder soll vielmehr gezeigt werden, daß der Wille „pro alieno possidendi" das Entscheidende war. Denn, indem es stahl, änderte es seinen Willen um, in den animus rem sibi habendi und dadurch wurde es Besitzer der gestohlenen Sachen. Im Endresultat ja ganz richtig. Aber hier schlägt sich Kreß doch mit seinen eigenen Waffen. Angenommen, das Dienstmädchen will eine der vielen, in seiner Gewalt befindlichen Sachen der Herrin stehlen. Wie macht es das? Es faßt zunächst in bezug auf die Sache, die es haben will, den animus rem sibi habendi. Damit ist es aber bei weitem noch nicht

48) a. a. O., S. 166 ff.
49) Frank, Komm. des Strafrechts, § 242.

Besitzer derselben geworden. Erst, wenn es beispielsweise den Gegenstand, den es sich aneignen will, in dieser Absicht von dem Platze, wo er sich seinem gewöhnlichen Gebrauche entsprechend befindet — Küche, Keller, Zimmer der Herrin — entfernt, ihn etwa in seine Kammer bringt, dort verschließt oder versteckt, erst dann möchte ich es wegen Diebstahls bestraft wissen, aber nicht schon dann, wenn es den Plan faßt, diese eine oder andere Sache jetzt oder demnächst zu stehlen. Wenn es den Gegenstand dann in seiner Kammer unterbringt, so schafft es aber einen diesem Aneignungswillen entsprechenden äußeren Zustand. Und ist dieser ein solcher, daß man sagen kann, das Mädchen übe die tatsächliche Gewalt über die Sache, die es entwendet hat, in einer Art und Weise aus, wie wir es mit Rücksicht auf seine Beziehung zur Herrin erwarten können? Ein solcher Zustand dauert nur noch bei den andern, nicht entwendeten Sachen fort; in bezug auf die Gestohlenen ist dagegen das Verhältnis der Abhängigkeit zerstört, und deshalb ist das Dienstmädchen Besitzer geworden. Dies ist auch äußerlich sogleich jedermann erkennbar. Das Beispiel zeigt also gerade das Gegenteil von dem, was Kreß damit beweisen will, daß nämlich objektiv das Verhältnis der Unterordnung entscheidend ist und nicht der Wille des Dieners, für den Herrn die Gewalt zu üben[50]). Hiermit stimmt auch **Schlegelberger** überein, wenn er sagt[51]) [52]): In dem Augenblicke, wo der Diener nicht mehr für den Berechtigten sondern für sich selbst besitzen will, und diesen Willen durch eine gegen den Besitzer gerichtete Handlung verwirklicht, entzieht er diesem erst den Besitz. Die bloße Erklärung eines solchen Willens durch Worte genügt noch nicht, um seine Stellung zu ändern. Auch **Frank**[53]) legt heute noch das Schwergewicht auf den Willen des Machthabers. Er hält das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis für wichtig,

---

50) Siehe auch die widersprechenden Ausf., die Kreß a. a. O., Seite 169, macht.

51) a. a. O., S. 120.

52) Aehnlich auch Thoma und Fleck, a. a. O., S. 53, 468.

53) a. a. O., S. 32.

aus dem man den auf Unterordnung unter das Befehlsrecht des Herrn gerichteten Willen des Dieners erkenne. Und dieser Wille könne einseitig nicht geändert werden. Er stimmt hier im wesentlichen mit **Gärtner** [54]) überein, der eine rechtlich bindende Verpflichtung des Besitzdieners „die Sache für den Herrn bereit zu halten" fordert, hingegen die bloß tatsächliche Unterordnung nicht für genügend erachtet. Beide übersehen aber, daß die rechtliche Beziehung zwischen Herr und Diener vollständig fehlen kann [55]) und daß eine, auf ethischen Verpflichtungen ruhende Gehorsamspflicht des Dieners genügt, um dem Herrn ein Befehlsrecht zu geben. Wenn wieder von einem anderen Schriftsteller die Abhängigkeit verneint und statt derer in der Gehorsamspflicht das entscheidende Merkmal gesehen wird[56]), so hat der Verfasser denselben Gedanken nur mit anderen Worten wiedergegeben. Worin liegt denn der Unterschied zwischen der nach sozialen Gesichtspunkten zu beurteilenden Unterordnung, und der an ihrer Stelle als maßgebend anerkannte Gehorsamspflicht? Namentlich wenn **Nassauer** sich dazu noch auf **Strohals** Aeußerung [57]) bezieht: „Man müsse eine derartige Beziehung zwischen Herrn und Diener fordern, so daß der Herr nach der Auffassung des Lebens ein jederzeitiges, sofortiges, eigenmächtiges Eingriffsrecht habe." Die Ansicht des Verfassers ist doch die gleiche, wie die der herrschenden Meinung, die er mit seinen Ausführungen gerade angreifen will. Wir sehen somit, daß ein soziales, nicht rechtliches Moment die Stellung des Besitzdieners charakterisiert. Die Dauer seiner Beziehung zum Herrn ist gleichgültig[58]). Auch der nur für einen Augenblick gedungene Tagelöhner ist Besitzdiener meiner Geräte, die ich ihm zur Arbeitsleistung gegeben habe.

---

54) a. a. O., S. 144.
55) Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertr., S. 148.
56) Nassauer, a. a. O., S. 26, 27.
57) Sachbesitz, S. 9.
58) Dagegen Bartels, a. a. O., S. 634.

§ 10. Bedeutung einer dem Diener gegenüber dem Herrn obliegenden Rechtspflicht, infolge deren Erfüllung er die Gewalt über die Sache erlangt hat und ausübt.

Wenn auch, wie wir gesehen haben, ein Rechtsverhältnis zwischen Herrn und Diener für die Besitzdienerschaft nicht notwendig ist, so soll damit doch keineswegs gesagt sein, daß ein solches notwendig fehlen muß, im Gegenteil, es ist vielfach gleichfalls vorhanden, und dann kommt ihm auch eine gewisse Bedeutung zu. Zweifellos gehört so der Dienstvertrag zwischen Hausfrau und Köchin dem Privatrechte an. Auf Grund desselben stehen sich beide ganz gleichberechtigt gegenüber. Sie haben aus demselben nur rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen untereinander; von einem Befehlsrecht kann hier keine Rede sein [59]).

Vielfach spricht man auch hier von einer rechtlichen Abhängigkeit, wie sie in dem § 868 statt der sozialen im § 855 vorhanden sein soll. Diese Bezeichnung, mit der ohne Zweifel das richtige gemeint ist, trifft nicht ganz zu; denn auf Grund einer privatrechtlichen Verpflichtung als solcher kann nie eine Person in ein Verhältnis der Unterordnung zu einer anderen treten. Gewöhnlich sind hier doch die Interessen beider Teile in gleicher Weise gewahrt; jeder erhält Rechte und nimmt dafür auch Verpflichtungen auf sich. Man führe zur Widerlegung dieser Behauptung nicht den Vertrag des Beamten mit dem Staate an. Hier ist es überhaupt zweifelhaft, ob man es mit einem Vertrage zu tun hat. Jedenfalls nur mit einem solchen, der dem öffentlichen Recht sehr nahe steht, vielleicht gar vollständig ihm angehört — Laband a. a. O. § 44, 45 —. Andere sehen hierin nur einen einseitigen Anstellungsakt des Staates, rein öffentlich-rechtlicher Natur. Allerdings übernimmt der Staat dabei in gewisser Beziehung auch Parteipflichten privatrechtlicher Art, z. B. die einklagbare Pflicht zur Gehaltszahlung. Andererseits muß aber — und das spricht gegen die Vertragsnatur des Uebereinkommens des Beamten mit dem Staat über seine Anstellung — berück-

---

59) Leonhard, a. a. O., S. 63.

sichtigt werden, daß dann nie ein Beamtenverhältnis vorliegt, wenn der einzelne dem Staate gegenüber in seinen Rechtsbeziehungen vollständig gleichberechtigt dastent, also kein Untertänigkeitsverhältnis vorliegt und kein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis begründet wird[60]). Aus diesem Dienstvertrag zwischen Köchin und Hausfrau können wir aber ziemlich genau nachweisen, ob und an welchen Sachen die erstere nach Antritt ihres Dienstes die Gewalt gemäß § 855 inne hat, ohne daß ihr durch den Vertrag etwa diese Herrschaft über den einen oder anderen Gegenstand ausdrücklich eingeräumt worden wäre. Der Vertrag kennzeichnet den Umfang ihrer sozialen Stellung; er spricht mit, bei der sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten richtenden Beurteilung des Abhängigkeitsverhältnisses[61]). Und umgekehrt, wenn wir etwa das Dienstmädchen in der Küche hantieren sehen, so bedarf es wohl keiner Frage, um mit ziemlicher Gewißheit feststellen zu können, daß auch hier eine obligatorische Beziehung zwischen ihm und der Herrschaft besteht; aber letztere ist nicht nötig und darum nicht charakteristisch für den § 855. Auch wenn sie nicht bestände — angenommen, der Vertrag wäre nichtig — so bliebe das Verhältnis der Unterordnung doch das gleiche, so lange die Form in der es sich zeigt, nicht zerstört wird. Wenn also zwischen Herrn und Diener noch ein Rechtsverhältnis besteht, infolgedessen letzterer die Gewalt ausübt, so darf sich dieses nie direkt auf die eine oder andere Sache, die Gegenstand der Macht des Dieners ist, beziehen. Nur indirekt für die Beurteilung seiner Gewalt, für die Art derselben, ihren Grad und ihren Umfang ist es von Bedeutung[62]). Man hat viele Versuche gemacht, in bestimmter Weise festzustellen, worin sich das die Besitzdienerschaft kennzeichnende Moment äußerlich offenbare, um hierdurch die Nachteile zu beseitigen, die stets eine Gesetzesnorm mit sich bringt, welche eine Berücksichtigung der Lebensanschauung gestattet, oder gar fordert. **Bek-**

60) Siehe auch Frank, Komm. zum StGB., Ausf. zum § 359.
61) Leonhard, a. a. O., S. 77.
62) Leonhard, a. a. O., § 28.

ker [63]) verlangt in nicht verständlicher Weise eine sofortige Gehorsamspflicht des Dieners. Wenn eine solche besteht, so ist doch auch gewöhnlich dem Herrn die Möglichkeit gegeben, sofort ihre Erfüllung zu verlangen[64]). Was **Dernburgs** Ausführungen anbelangt: „Zum Erfordernis des § 855 gehöre es, daß der Diener in äußerlich erkennbarer Abhängigkeit nicht für sich besitze und den Anweisungen des Herrn Folge zu leisten habe," so mag zugegeben werden, daß häufig diese Erkennbarkeit bei Feststellung des Besitzdienerverhältnisses mitwirken kann. Sie ist eine wertvolle Begleiterscheinung, aber kein Wesensmoment. Der Diener übt allerdings in vielen Fällen die Gewalt in des Herrn Interesse aus. Die Sache wird sich dann gewöhnlich auch erkennbar in der Machtsphäre des Herrn befinden. Ganz erklärlich; je weiter sich Herr und Sache örtlich von einander entfernen, je mehr fordern die Sicherheit des Verkehrs und die allseitigen Interessen eine Verselbständigung der Stellung des Machtinhabers; je weniger kann auch der Herr, der alle Rechtsbehelfe in seiner Hand hat, seine Sache wirksam schützen. Es ist dann angebracht, auch dem Machthaber diese Rechtsbehelfe zu geben und ihn zum unmittelbaren Besitzer gemäß § 868 zu machen. Manche sagen daher, die Tatsache, daß die Sache sich in größerer Entfernung vom Machtbereich des Herrn befindet, gestattet die Vermutung, daß es sich eher um ein Verhältnis des § 868 handelt, als um ein solches, wie es § 855 darstellt — Staudinger a. a. O. Sachenrecht Anm. zu § 855, und 868. — Aber es darf nicht vergessen werden, daß nicht die Art, wie der Diener die Gewalt übt, ihre äußere Form, entscheidend ist, sondern, daß es auf ein inneres Kriterium, die Art seiner Beziehung zum Herrn, ankommt. Und die Kenntnis von diesem Merkmal kann man sich mitunter, aber nicht immer, auch durch bloße Beobachtung verschaffen. Ob der Diener offen erklärt, daß er für seinen Herrn handele, oder ob er selbst als Herr auftritt, kann allein nichts an seiner abhängigen Stellung ändern. Der Droschken-

63) a. a. O., S. 42.
64) a. a. O., Bd. 3, S. 49, 50.

kutscher auf der Straße kann äußerlich mit dem gleichen Rechte als selbständiger Fuhrhalter oder als dessen Angestellter angesehen werden. Erst wenn wir wissen, daß er nicht selbständig das Gewerbe betreibt, sondern im Dienste eines andern steht, wir also seine Beziehung zu diesem andern kennen gelernt haben, können wir uns auf Grund unserer Lebensanschauung sagen, daß er zu den im § 855 bezeichneten Personengruppen gehört. Feste Angaben lassen sich in dieser Beziehung nicht machen. Das Anwendungsgebiet des § 855 ist dazu viel zu umfangreich. Die Fassung des Paragraphen gestattet auch möglichst viel Spielraum. In jedem einzelnen Falle, wo wir jemanden die Gewalt über eine Sache ausüben sehen, müssen wir also prüfen. Ist er infolge seines Tätigwerdens, infolge seiner Gewalt über die ihm nicht gehörige Sache in eine enge Beziehung zu einer andern Person getreten? Und kann hierbei nach allgemeinen Lebensanschauungen angenommen werden, daß dem anderen — dem Herrn — ein jederzeitiges Eingriffsrecht zusteht, so daß der mit der Sache hantierenden Person bei ihrer Tätigkeit die Selbständigkeit fehlt?

§ 11. Umfang des Anwendungsgebiets für die Inhabung ohne Besitzschutz.

A. Ist es von Bedeutung für die Besitzdienerschaft, ob die Gewalt von dem Inhaber in dessen eigenem Interesse geübt wird, oder in demjenigen des Herrn?

In zahlreichen praktischen Fällen läßt sich das für die Besitzdienerschaft charakteristische Merkmal in der von uns angegebenen Weise ohne weitere Schwierigkeiten feststellen. Wenn wir z. B. dem Mitreisenden in der Eisenbahn für einen Augenblick das Kursbuch, dem neben uns sitzenden Theaterbesucher das Opernglas auf seine Bitte überlassen, so wird ohne Zweifel jeder Dritte, der diesen Tatbestand kennt, uns ein sofortiges, eigenmächtiges Eingriffsrecht zusprechen. Seine natürliche Ueberlegung und die Anschauung, die er von dem praktischen

Leben hat, geben ihm hier dieses allein richtige Urteil. Dagegen wird er nicht so leicht zu der künstlichen Konstruktion eines Rechtsverhältnisses, wie es § 868 vorsieht, gelangen, denn die Parteien wollen ja hier gegenseitig keine rechtlichen Ansprüche begründen, die sie im Ernstfalle auch mit Hilfe des Gerichts gar nicht realisieren könnten. Sie wollen lieber das Recht der Selbsthilfe besitzen. Und trotzdem ist man in der Literatur nicht immer ganz einig darüber gewesen, ob diese Beispiele nach Absicht des Gesetzgebers durch den § 855 geregelt werden sollten. Zunächst handelt es sich hierbei um eine Machtausübung im eigenen Interesse des Inhabers. Der Wortlaut des Paragraphen und seine Beispiele denken offenbar daran, daß der Machtinhaber in des Herren Interesse die Gewalt ausübt. Aber aus dem sonstigen Inhalt der Gesetzesbestimmung ist doch auch gerade nichts zu entnehmen, was uns nötigte, den „selbstnützigen" Inhaber nicht als Diener anzusehen, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind. Mit Recht weist **Strohal** [65]) darauf hin, daß das Wesen der „nichtgeschützten" Inhabung nicht dadurch gekennzeichnet sei, daß der Inhaber die Gewalt notwendig im Interesse eines anderen ausüben müsse. Denn es gebe auch eine selbständige, als Besitz anerkannte Inhabung im Interesse eines andern. Das BGB. hat auch die Interessenfrage nicht näher berücksichtigt und sich insofern enger an Strohal als an Ihering bei der Einführung der Inhabung ohne Schutz angeschlossen. Denn, wenn die beiden in ihrem Verlangen, man müsse gewisse tatsächliche Verhältnisse ohne Schutz lassen, im wesentlichen gleiche Ziele verfolgten, so forderte doch Ihering im Gegensatz zu Strohal, auch eine „prokuratorische" Inhabung ohne Schutz, die nach seinen Worten mit den Begriffen: mandatum, depositum, locatio conductio operis abgesteckt sei [66]). Und diese Fälle sind gerade vom bürgerlichen Recht bei Einführung des § 855 nicht berücksichtigt und zum Besitz geworden. Die Zahl derer, welche die Ansicht vertreten, daß man die

---

65) Sachbesitz, S. 6 ff.
66) Ihering, Besitzwille, S. 505, 511 ff.

Inhabung, die im „eigenen" Interesse geübt werde, deshalb allein schon zum Besitz machen müsse, ist daher auch sehr gering. — Lit. siehe in Strohals Sachbes. S. 7 Anm. 12. —. In der neueren Literatur wird diese Meinung auch wohl überhaupt nicht mehr vertreten.

B. Die Fälle der sogenannten momentanen Detention.

Bedeutsamer ist aber schon die Meinungsverscheidenheit darüber, ob die obigen Beispiele deshalb nicht unter den § 855 zu subsumieren seien, weil dort die Gewalt von dem Inhaber stets nur „unter den Augen des Herrn" geübt werde. Diese Tatsache will manche Schriftsteller dazu veranlassen, dann nicht ein Besitzdienstverhältnis anzunehmen [67]). Wie schon oben dargestellt, sieht **Leonhard** in dem § 855 eine Ausnahmevorschrift, die in Abweichung von § 854, dem Herrn ohne tatsächliche Gewalt Besitz gebe, und dem Diener ihn vorenthalte, obgleich er diese Gewalt hat. „In den hier erwähnten Fällen, so fährt Leonhard fort, habe aber der Herr stets die tatsächliche Gewalt, weil gerade unter seinen Augen die Macht von dem Diener ausgeübt werde. Ordne man auch solche Fälle dem § 855 unter, so verwische man damit die Bedeutung, die das Gesetz dem Diener habe geben wollen; man mache ihn zu einem bloßen unselbständigen Inhaber" [68]). Die Gründe, weshalb wir den Paragraphen nicht als Ausnahme ansahen, sind ja schon erwähnt.

Zugegeben werden mag es allerdings, daß die Fälle der momentanen Detention sich von den Beispielen, die das Gesetz anführt, „dem Tätigwerden im Hause oder Erwerbsgeschäft", etwas unterscheiden. Hier ist der Kreis der Befugnisse des Machthabers umfangreicher; dieser erscheint uns etwas selbständiger, weil der Herr nicht immer zugegen ist. Andererseits will es uns auf den ersten Blick nicht so recht einleuchten, daß der Mitreisende, dem ich einen Augenblick mein Kursbuch überlassen habe, dadurch zu mir in ein Verhältnis der Unterordnung geraten

67) Leonhard, a. a. O., S. 65.

68) Leonhard, a. a. O., S. 66. Dagegen Strohal, Iherings Jahrbücher, Bd. 38, S. 13.

sei, und ich ein Befehlsrecht gewonnen habe, gerade so etwa wie ich es dem Hausburschen oder Dienstmädchen gegenüber habe. Aber im Vergleich zu der Machtstellung des Herrn sind beide Inhaber unselbständig, beide müssen sie sich dessen Eingriffsrecht fügen. Und darin sind sie in hohem Maße einander ähnlich. Man geht daher m. E. nicht zu weit, wenn man sie beide dem großen Anwendungsgebiet des § 855 unterordnet[69]), der doch jedenfalls diese weite Fassung erhalten hat, um der Wissenschaft keine zu engen Schranken zu setzen. Die Frage ist allerdings insofern weniger wichtig, als man auch bei einer strengen Scheidung der sogenannten momentanen Detention von der eigentlichen Besitzdienerschaft doch allgemein wenigstens zu einer analogen Anwendung des § 855 auf die Fälle gekommen ist, wo die Inhabung nur unter den Augen des Herrn geübt wird. Wenn man sich der Ansicht Leonhards anschließt, so bleibt allerdings ferner zu prüfen, ob der momentane Detentor auch die dem Diener nach § 860 gegebenen Rechtsschutzmittel ausüben darf? Auch Leonhard bejaht dies. Allerdings mit dem Unterschied, daß diese Rechtsschutzmittel hier nicht aus eigenem Recht, wie in den Besitzdienstverhältnissen des § 855, geübt werden, sondern nur mit „ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Herrn, der ein jederzeitiges Widerrufsrecht habe, wodurch er das Eingreifen des Dieners zu einem rechts- und pflichtwidrigen machen könne — siehe a. a. O. Seite 66 —. Hierin besteht die einzige Bedeutung der Unterscheidung. Es scheint allerdings als ob unsre Ansicht, nach den Bestimmungen des Gesetzes, diese unzweckmäßige Folge nach sich zöge: „Daß nämlich der Diener, der unter den Augen des Herrn die Gewalt über die Sache übt, in Gegenwart des Herrn, trotz dessen Verbot, aus eigenem Recht Selbsthilfe üben kann." Denn, wenn wir den „momentanen Detentor" als Diener im Sinne des § 855 bezeichnen, so stehen ihm auch die Rechte des letzteren zu, und aus dem Gesetz kann man ohne weiteres nicht entnehmen, daß der

---

69) So auch Strohal, Sachbes., S. 1 ff; desgl. Kreß mit den oben S. 36 angeführten Beispielen.

Diener diese Rechte nur mit Einwilligung des Herrn, nicht aus eigenem Recht, ausüben dürfe. Aber hat der Gesetzgeber diese Folge auch wirklich bedacht und gewollt, als er dem Diener die Rechte aus § 860 gab? Wollte er ihn wirklich in dieser Beziehung selbständig machen? M. E. sollte das Recht der Selbsthilfe nur dem Herrn dienen, in dessen Interesse geübt werden; die Stellung des Herrn sollte dadurch verstärkt werden. So führt auch mit Recht **Strohal** — Sachbesitz Seite 51 — aus: „Ein selbständiges Abwehr- und Wiederbemächtigungsrecht ist dem unselbständigen Inhaber durch § 860 nicht gewährt. Vielmehr gestattet dieser ihm lediglich die Ausübung von Rechten, die nicht ihm, sondern dem Besitzer zugute kommen. Einer besonderen Ermächtigung zu solcher Ausübung bedarf es aber nicht; da der Diener also nur Rechte seines Herrn auszuüben befugt ist, so darf er die Rechtsschutzmittel des § 859 nicht gegen diesen selbst anwenden; die Ausübung der Rechte entfällt überhaupt, „insoweit", „als der Herr ihm diese verbietet"[70]). Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Diener überhaupt nie aus eigenem Recht Selbsthilfe ausüben darf, daß dieses, allein zweckmäßige Resultat allerdings durch „den Wortlaut" des Gesetzes nicht gestützt wird. Aber man kann dieses Ergebnis mit den gesetzlichen Bestimmungen in Einklang bringen, indem man den § 860 dahin auslegt, daß dem Diener, der ja allgemein dem Befehlsrecht des Herrn ausgesetzt ist, auch mit dem Recht der Selbsthilfe keine selbständige, von dem Willen des Herrn unabhängige Rechtstellung gegeben werden sollte. — So ja auch die Mehrzahl der unten Anmerkung 70 genannten Schriftsteller. — Und dann verliert ja die von Leonhard aus der Unterscheidung zwischen der „momentanen Detention" und dem eigentlichen „Besitzdienerverhältnis des § 855" gezogene Folge ihre Bedeutung.

---

70) Siehe auch Wendt, a. a. O., S. 42; Dernburg, a. a. O., Seite 46; Goldmann-Lilienthal, S. 176; Crome, Bd. 3, a. a. O., S. 23, Anm. 32; wie Leonhard auch Isay, Geschäftsführung, S. 292; wie hier auch Biermann III, S. 19.

§ 12.

Abgrenzung der Besitzdienerschaft von dem Anwendungsgebiet des § 868.

In den Beispielen für die momentane Detention, die im vorhergehenden Paragraphen behandelt wurde, wird heute einstimmig der § 855 angewendet. Die Meinungsverschiedenheit bezieht sich nur auf die A r t der Anwendung, ob er direkt die Fälle der momentanen Detention umfasse, oder, ob nur seine analoge Anwendung gestattet sei. Jetzt soll versucht werden, das Gebiet des § 855 von demjenigen des § 868 abzugrenzen, was nicht immer so leicht ist. Es kann sich dabei immer nur um solche Fälle handeln, in denen ein Rechtsband zwischen den Parteien besteht, infolgedessen die eine Person in eine unmittelbare tatsächliche Beziehung zu der Sache des andern gelangt. Denn nur dann ist die Möglichkeit für das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 868 gegeben. Akte der Gefälligkeit, der Höflichkeit — siehe die oben S. 36 von **K r e ß** angeführten Beispiele — können nie zu Zweifeln Anlaß geben. Denn hier erlangt die eine Person nie die tatsächliche Gewalt über die Sache der andern, infolge eines zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisses. Wenn aber eine rechtliche Verknüpfung vorhanden ist, dann muß geprüft werden, ob lediglich **hierdurch** d i e P e r s o n , welche die unmittelbare Gewalt über die Sache eines andern erlangt hat, verpflichtet ist, in gewisser Beziehung dem Willen des andern in bezug auf die Sache Folge zu leisten, oder ob auch ohne das Rechtsverhältnis eine solche Pflicht bestände. Mit andern Worten, ob also die Rechtsbeziehung für die Gehorsamspflicht „notwendig und allein entscheidend ist", oder nicht. Nur in ersterem Falle kann der § 868 zur Anwendung kommen. Aendern wir eines der schon erwähnten Beispiele um. Nehmen wir an, die Ueberlassung des Fernglases im Theater erfolge seitens des Logendieners gegen Entgelt. Hier wollen manche auch ein Besitzdienerverhältnis zwischen dem Theaterbesucher, der das Glas gemietet hat, und dem Logendiener annehmen. **Strohal** [71])

71) S t r o h a l, Sachbesitz, S. 11, insbes. Anm. 15.

stellt sogar denjenigen, der während eines Konzerts sich gegen Entgelt einen Sessel gemietet hat, dem anderen gleich, welchem ich im Wagenabteil für einen Augenblick mein Kursbuch überlasse; und bin ich nicht gerade durch die Entgeltlichkeit Besitzer des Fernglases oder des Sessels geworden? Es hindert uns doch nichts daran, hier einen Vertrag anzunehmen. Wir wollen doch gerade durch die Zahlung mehr haben, als eine bloße Gefälligkeit. „Zwar dürfe ich das Glas oder den Sessel nach Schluß des Konzerts oder Theaters nicht mit nach Hause nehmen, und deshalb sei ich nicht Besitzer", so führt S t r o h a l weiter aus. Dem steht aber entgegen, daß der Vermieter während des Konzerts oder der Theatervorstellung nicht das Recht hat, die Sache von mir zurückzufordern, oder sie mir gar eigenmächtig wegzunehmen. Und wenn ich wirklich nachher unberechtigter Weise mich anschicken sollte die Sache mit nach Hause zu nehmen, so kann er ja nötigenfalls mit Hilfe des § 229 seine Rechte gegen mich geltend machen. Es entspricht daher allein der Lebensauffasung und dem Parteiwillen, wenn man in diesen beiden Fällen einen Mietvertrag, und somit ein Rechtsverhältnis wie es § 868 vorsieht, annimmt. Wenn hier gleichfalls eine Verpflichtung des Inhabers der Sache zur Folgeleistung gegenüber dem Vermieter besteht, so ist dieselbe doch rein rechtlicher Natur und begrenzt durch die zwischen beiden Personen bestehende rechtliche Beziehung, ohne die sie nicht bestehen k a n n, welche sich direkt auf die eine Sache, die Gegenstand der Innehabung ist, bezieht und dem Inhaber gewisse Rechte an dieser einräumt. Auf Grund dieses Rechtsverhältnisses, welches auf Gesetz beruhen oder durch Rechtsgeschäft geschaffen werden kann, erlangt dann der Inhaber der Sache den unmittelbaren Besitz über diese und darin eine Zuwendung auf Kosten des Vermieters, der zum mittelbaren Besitzer wird. Auch **Leonhard** sieht hierin das entscheidende Merkmal für den § 868, wenn er sagt [72]): „Der Mittler erwirbt stets den Besitz auf Kosten fremden Vermögens, immer bringt daher der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer,

72) a. a. O., S. 61.

das gerade auch in dem Verlust dieses unmittelbaren Besitzes bestehen kann". Die Zuwendung dieses Besitzes an den Mittler muß jedoch nicht notwendig von dem unmittelbaren Besitzer ausgegangen sein; sie kann auch von einem Dritten aus geschehen. Dies wird heute allgemein anerkannt, mit Ausnahme von Endemann und Kreß[73]), die der Meinung sind, es müsse immer seitens des Mittlers eine Nachfolge in den unmittelbaren Besitz des jetzigen mittelbaren Besitzers erfolgt sein. Sie berufen sich zur Unterstützung ihrer Meinung auf Strohal, der die Aehnlichkeit der Verhältnisse darin sieht, daß die Sache dem Inhaber von dem mittelbaren Besitzer anvertraut sein müsse[74]). Aber Strohal hat trotzdem einen mittelbaren Besitz auch dann anerkannt, wenn die freiwillige Ueberlassung des Besitzes seitens des bisherigen unmittelbaren Besitzers an den Mittler durch gerichtliche Einweisung ersetzt wird, oder dadurch, daß der Mittler kraft einer aus dem Gesetz entspringenden Befugnis, sich in den Besitz setzt; — Beispiele: der Verwalter wird in den Nießbrauchbesitz eingewiesen, § 1052, der Testamentsvollstrecker §§ 2197, 2205 BGB. —. Auch § 870, der die Uebertragung des mittelbaren Besitzes regelt, zeigt, daß der unmittelbare Besitzer nicht notwendig diesen Besitz von dem jeweiligen mittelbaren Besitzer durch Aufgabe des unmittelbaren Besitzes seitens des Letzteren erhalten haben muß. Dazu kommt schließlich auch, daß keine Gründe vorliegen, die eine Einschränkung des mittelbaren Besitzes in der von Kreß und Endemann verlangten Weise rechtfertigen; es kann nur ratsam sein, sich hier der herrschenden Meinung anzuschließen; — siehe die Ausführungen von Leonhard a. a. O. S. 61. — **Endemann** bezeichnet ferner einen Gepäckträger, einen Dienstmann, als Besitzdiener. Er betont dabei m. E. zu sehr, in ähnlicher Weise wie Kreß, die allgemeine soziale Stellung, die Art der Dienste, welche der Diener leistet. Er berücksichtigt nicht, daß hier gewöhnlich auch eine obligatorische Beziehung in bezug auf eine bestimmte Sache besteht. Es

---

73) S. 126—27, Einf. II, § 39.
74) Sachbesitz, S. 11.

läßt sich daher auch ohne weiteres eine Entscheidung für oder gegen Endemann in diesem Falle nicht treffen. Es wird immer eine Prüfung der einzelnen Umstände, unter denen die Dienste hier geleistet werden, erforderlich sein. Der Dienstmann, der neben dem Reisenden einhergeht, um ihm den Koffer ins Hotel zu tragen, ist Diener im Sinne des § 855. Ein Verhältnis der Unterordnung ist hier nach allgemeiner Verkehrsauffassung gegeben; dies ist auch allgemein erkennbar. Der Reisende ist uneingeschränkter Herr seines Koffers geblieben. Gibt er statt dessen dem Träger den Gepäckschein, damit er nach Angabe der Adresse das Gepäckstück allein zur Wohnung des Eigentümers bringen soll, so werden wir den Reisenden nur als mittelbaren Besitzer ansehen und dem Träger den unmittelbaren Besitz zusprechen. Die Entscheidung erscheint willkürlich und doch ist sie so m. E. allein richtig. Die Beziehung der beiden Personen zueinander ist jetzt eine andere geworden. Der Dienstmann hat freie Hand. Obgleich es sich in beiden Fällen um denselben Erfolg, den Transport des Koffers, handelt, so stellt doch der zweite nur den richtigen Typus eines Werkvertrags dar. Nur hier steht allein der Erfolg im Vordergrund der Vereinbarungen. Bei Herbeiführung desselben hat der Dienstmann jedoch eine gewisse Selbständigkeit, und diese erfordert, daß man ihm die tatsächliche Gewalt einräumt und ihn zum Besitzer macht. Hiermit auch übereinstimmend die Ausführungen **Gärtners** a. a. O. S. 140: „Wenn jemand über die Art der Behandlung der Sache selbst nach eigenem Gutdünken entscheiden kann, so gibt ihm das Gesetz wegen der damit verbundenen größeren Verantwortlichkeit und wegen des aus dieser entspringenden Interesses den Besitz."

§ 13.

Ein Besitzdienerverhältnis kann nicht durch den Willen der beteiligten Personen allein, etwa im Wege eines Vertrages, geschaffen werden.

Obgleich also für die Entstehung bezw. das Bestehen der Besitzdienerschaft der Wille der beteiligten Personen allein be-

deutungslos ist, daher auch die Parteien durch eine Willenseinigung als solche eine derartige Beziehung zueinander nicht herstellen [75]) können [76]), so glaubt dennoch **Kniep** [77]), man müsse auch nach dem BGB. außer der gesetzlichen und der zufälligen Inhabung der §§ 855 und 867 noch eine solche, die auf vertragliche Abmachung gegründet sei, anerkennen. Es sei jedoch bemerkt, daß zwar das Resultat seiner Ausführungen richtig ist, aber seine juristische Konstruktion sehr künstlich, obwohl dies gar nicht erforderlich ist. Er führt folgendes an:

A. verkauft und tradiert dem B. ein Grundstück, auf welchem sich eine lose ausgeschaufelte Sandmenge befindet. Dem Verkäufer, der das Recht haben soll den Sand wegzunehmen, bleibt das Eigentum an demselben vorbehalten. Hier ist B. Eigentümer und Besitzer des Grundstücks geworden. Dagegen nur Inhaber des Sandhaufens auf Grund der diesbezüglichen vertraglichen Abmachung, während der Verkäufer noch unmittelbarer Besitzer des Sandes bleibt.

Weshalb greift Kniep hier zu einer vertraglichen Vereinbarung, die gerade betreff des Sandes geschlossen sein soll? Der Käufer ist m. E. nicht Besitzer des Sandes geworden, weil dieser nicht mit verkauft und nicht mit tradiert wurde. Die Sandmenge war nicht mehr Bestandteil, also auch nicht mehr wesentlicher Bestandteil; die erfolgten Willenseinigungen bezogen sich nicht auf sie, der Erwerber wollte sie vielleicht auch gar nicht haben. Allerdings kann er jederzeit dadurch, daß er den entsprechenden Willen faßt, auch Besitzer des Sandes werden, weil das räumliche Verhältnis ja vorhanden ist, und durch Hinzutreten des Willens die tatsächliche Gewalt erworben wird. Aber er erwirbt dann nur dessen Besitz, nicht Eigentum, und zwar originär, zum Unterschied von dem derivativen Besitz am Grundstück, dessen Eigentümer er ja ist. Solange dies nicht geschieht, besteht nur eine rein körperliche Beziehung des Erwerbers zu

---

75) wohl beseitigen.
76) Leonhard, a. a. O., S. 77, 79.
77) a. a. O., S. 45.

der Sandmenge, gänzlich verschieden von dem römischen Detentionsbegriff, der doch immer eine gewollte Beziehung darstellte; diese Beziehung ist auch unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung des Inhaltes, daß der Erwerber nur Inhaber des Sandes werden sollte. Und die gleichen Bedenken möchte ich bei seinem zweiten Beispiele äußern. Ich gestatte dem Briefträger, während des Herumtragens anderer Pakete, ein solches für kurze Zeit in meinem Garten niederzulegen. Die vertragliche Inhabung ist hier noch viel gesuchter, weil überhaupt kein Vertragsverhältnis, zum Unterschied vom ersten Fall, zwischen den beiden Personen vorhanden ist. Was das dritte Beispiel schließlich anbelangt, so ist gar nicht einzusehen, weshalb er es nicht dem § 855 unterordnet. Der Bergführer trägt unterwegs dem Touristen den Rucksack. Er ist wieder nach Kniep Inhaber desselben, kraft Vereinbarung. Es ist doch sonderbar, hier einen Vertrag des Inhaltes anzunehmen, daß der Bergführer zum Transport des Rucksackes verpflichtet sein solle. Die Rechtsbeziehung zwischen beiden besteht in dem Dienstvertrag, und dieser bezweckt doch eigentlich nur die Führung des Touristen. Aber wenn man das Tragen des Rucksacks, weil es so üblich ist, auch mit als eine Verpflichtung des Führers ansieht, die er durch den Vertrag übernommen hat, so entspricht es doch allein unserer Verkehrsauffassung, wenn wir ihn nur als Diener im Sinne des § 855 auffassen. Das Beispiel gleicht genau dem schon erwähnten Falle, in dem der Dienstmann den Koffer an der Seite des Herrn daherträgt.

§ 14.

Die Rechtsstellung des Dieners.

Da der Diener nicht Besitzer ist, so ist seine Rechtsstellung auch eine ganz andere. Alle die an den Besitz geknüpften rechtlichen Folgen finden auf ihn mit nur ganz geringen Ausnahmen keine Anwendung. Zunächst hat er nicht die dem Besitzer gegebenen Rechtsschutzmittel, die Besitzklagen usw., abgesehen von dem Recht der Selbsthilfe. Wie er dieses Abwehr- und

Wiederbemächtigungsrecht ausüben darf, ob aus eigenem Rechte, oder nur kraft des Willens seines Herrn, ist ja schon erörtert worden. Ferner ist er für gewisse Ansprüche, die nur gegen den Besitzer als solchen gerichtet werden können, nicht passiv legitimiert, z. B. für die Klage aus § 985 BGB. Seine Stellung geht auch nicht, wie die des Besitzers, auf die Erben über. Sodann herrscht im Allgemeinen auch Einstimmigkeit darüber, daß der Besitzdiener nie Tierhalter im Sinne des § 833 sein könne. Das Gesetz wollte offenbar einer Person, die nicht selbständig handeln kann und von einer andern gänzlich abhängig ist, wegen dieses Umstandes nicht eine so große Verantwortlichkeit und strenge Schadensersatzpflicht aufbürden. Deshalb soll grundsätzlich der Besitzer für den Schaden verantwortlich sein, der einem Dritten durch das Tier zugefügt wird. Die Haftung des Dieners ist geringer, weil er die Möglichkeit hat, sich durch den Nachweis, daß ihn kein Verschulden treffe, oder daß der Schaden auch trotz gehöriger Sorgfalt entstanden sei, zu befreien [78]). **Dernburg**[79]) folgert sodann daraus, daß das Verhältnis zwischen Herr und Diener tatsächlicher Natur sei, nie durch ein Rechtsverhältnis gekennzeichnet werde, daß der Herr die tatsächliche Macht des Dieners über die Sache auch jederzeit beschränken, bezw. dem Diener die Sache vollständig entziehen kann, weiter: „er könne seine Angestellten jederzeit willkürlich aus den Wohn- bezw. Aufenthaltsräumen, die er ihnen angewiesen habe, hinausweisen. Letztere hätten keine Besitzentziehungsklage, da ihnen ja der Besitz fehle. Sie könnten dem Herrn auch nicht widersprechen, oder gar Widerstand leisten, widrigenfalls sie sich verbotener Eigenmacht schuldig machten". Die Entscheidung hierüber ist aber doch lediglich abhängig von der Vorfrage, ob die Inhaber der Wohnräume Diener sind oder nicht. Sie hätte daher schon in den §§ 11, oder 12 der Darstellung gefällt werden müs-

---

78) Bernhöft, Beitr. z. Ausl. des BGB., Heft 1, 1902; RGE. bei Gruchot, Bd. 47, S. 409; Fleischhauer, jur., W., 1902, S. 116; Goldmann-Lilienthal, Bd. 2, S. 913; Schwarz, a. a. O., S. 5 ff.

79) a. a. O., Bd. 3, S. 75.

sen. Aber da Dernburg hier stets den § 855 als gegeben ansieht, infolgedessen die erwähnte, selbstverständliche Folgerung zieht, daß dem Herrn ein jederzeitiges Entsetzungsrecht zusteht, so soll in diesem Zusammenhang hierüber gesprochen werden.

M. E. ist auch hier eine einheitliche Entscheidung im Sinne Dernburgs nicht möglich. Man muß das Schwergewicht darauf legen, ob die Ueberlassung der Wohnung als Entgelt oder wenigstens teilweise als solches zu betrachten ist, oder nicht.

In sehr vielen Dienstverhältnissen ist es gebräuchlich, daß der Dienstherr seinen Angetellten auch Wohnung gibt, ohne daran zu denken, ihnen diese, wenn auch nur teilweise, als Entgelt auf die Vergütung anzurechnen. Die Wohnung ist ja dazu auch vielfach mit den Zwecken des Dienstes untrennbar verbunden, z. B. bei dem Portier in größeren Geschäftshäusern, dem am Eingang ein besonderer Raum zu seinem Aufenthalt angewiesen ist; ähnliches ist der Fall beim Dienstmädchen, das im Hause der Herrschaft wohnt, um ihr stets zur Verfügung zu stehen, beim Kassierer, der an der Theaterkasse vor Beginn der Vorstellung Billette verkauft, usw. Nicht ganz so verhält es sich mit dem Fall, daß ein Fabrikbesitzer in der Nähe der Fabrik Schlafstätten für seine Arbeiter baut. Einen Abzug am Lohn wird er den Leuten wohl kaum machen, denn es ist ja auch seinen eigenen Interessen dienlich, wenn diese in der Nähe der Arbeitsstelle untergebracht sind und rechtzeitig, ohne durch weite Wege ermüdet zu sein, ihre Kräfte ganz in seinen Dienst stellen können. Wenn auch hier die Wohnung mit den Dienstzwecken nicht so eng verbunden ist, wie in den vorhergehenden Beispielen, so möchte ich doch in allen bisher erwähnten Fällen die Angestellten nur als Diener der ihnen angewiesenen Wohn- bezw. Aufenthaltsräume betrachten. Diese sind stets hier, wenn auch mit den Zwecken des Dienstes eng verknüpft, nicht ein, auch nur teilweises Aequivalent für die Dienste, wie der Lohn; sie repräsentieren auch gar keinen oder nur einen sehr geringen Wert für den Angestellten. Die angewiesenen Räume nehmen hier rechtlich etwa die gleiche Stellung ein, wie die Sache des Herrn, mit der der Angestellte in Erfüllung seiner Verpflichtung arbeitet, wodurch er dann deren

Besitzdiener wird. Der Fabrikarbeiter z. B. erhält für seine Arbeit die er in der Fabrik des Arbeitgebers leistet, eine bestimmte Vergütung. Diese hat er rechtlich zu beanspruchen. In Erfüllung seiner Pflicht gelangt er in eine tatsächliche Beziehung zu den Arbeitsgeräten, die dem Herrn gehören, die gleiche Beziehung verknüpft ihn aber auch mit den Fabrikräumen, insbesondere mit denjenigen Räumen, die für die Arbeiter eingerichtet sind, damit sie sich dort in den Pausen aufhalten können z. B., um ihre Mahlzeit dort einnehmen zu können, um zu schlafen. Und dadurch wird er nur deren Besitzdiener. Ebenso verhält es sich mit dem Kassierer, der im Schalterraum sitzt und Billette verkauft und dem Portier in dem ihm angewiesenen Raume eines Geschäftshauses.

Ganz anders aber verhält es sich mit der Dienstwohnung eines Beamten — eines Försters, eines Fabrikdirektors —. Sie bildet hier ein teilweises Entgelt der Dienste. Die Vergütung würde eine höhere sein, wenn der Angestellte nicht auch die Wohnung miterhielte; und dann liegt m. E. doch ein Dienstvertrag des Inhaltes vor, daß die eine Partei zu gewissen Dienstleistungen verpflichtet ist, und die andere als Vergütung das Gehalt und die Wohnung geben muß[80]). Wenn dann dem Angestellten in Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen die Wohnung eingeräumt wird, so hat er diese doch auf Grund eines Rechtsverhältnisses inne, und ist er deren unmittelbarer Besitzer. Zugeben muß ich allerdings, daß die Stellung des Försters z. B. in bezug auf seine Dienstwohnung nicht genau die gleiche ist, wie er sie haben würde, wenn er sich selbst die Wohnung anderweitig gemietet hätte. In gewissen Fällen wird er sich auch hier den Anordnungen des Dienstherrn fügen müssen, etwa wenn es die dienstlichen Interessen erfordern, aber nicht dem ganz willkür-

80) Wir nehmen hier an, daß es sich um Privatbeamte handele, da wir den Anstellungsvertrag des Beamten mit dem Staat oben mit der herrschenden Meinung als einseitigen Akt öffentlich-rechtlicher Natur bezeichneten. Also nicht als ein Rechtsverhältnis in dem hier gemeinten Sinne. Aber trotzdem müssen hier die gleichen Grundsätze angewandt werden, wenn es sich um einen Staatsbeamten handelt.

lichen Eingreifen. Dieser Umstand allein rechtfertigt es aber noch nicht, den Beamten als Diener anzusehen. Da er ja die Wohnung auf Grund eines Rechtsverhältnisses inne hat, und den Gebrauch derselben mit einem Teil seiner Dienste bezahlt, so hat er, wenn auch nur ein Dienstvertrag zwischen ihm und dem Herrn besteht, doch in bezug auf die Wohnung eine dem Mieter fast gleiche Stellung, abgesehen von der schon erwähnten Ausnahme. Denn, wenn das Entgelt für den Gebrauch der Wohnung, der Mietszins, in der Leistung von Diensten besteht, so kommen neben Bestimmungen über den Dienstvertrag, auch die der Miete in Anwendung — vergl. Fischer-Henle § 535 a. a. O. —. Ich halte es daher nicht für richtig, deshalb allein, weil ein Dienstvertrag, nicht ein Mietvertrag, vorliege, kein possessorisch geschütztes Verhältnis anzunehmen. — So Luther a. a. O. S. 93, Tietze, a. a. O. S. 76. — Die gleiche Ansicht vertritt auch **Josef**, — Recht 1904, S. 499 —. Er sagt: Der Hauseigentümer, der dem angestellten Gärtner unter anderem als Entgelt freie Wohnung gewähre, begebe sich damit zwar nicht, wie bei Vorliegen eines Mietsvertrags jedes Rechts der Einwirkung auf die Wohnung. Aber immerhin müsse man solche Angestellten, die vielfach einen eigenen Hausstand hätten, denen man besondere Räume zur Benutzung gewähre, den Besitz an denselben zusprechen. Sie seien daher nicht auf beliebiges Verlangen zur Räumung verpflichtet, und hätten gegebenenfalls eine Besitzentziehungsklage. Josef scheint, wenn dies aus seiner Begründung auch nicht so ganz deutlich hervorgeht, ebenso wie hier, den Unterschied darin zu finden, daß die Wohnung hier als teilweises Entgelt, für den Inhaber, von viel erheblicherer Bedeutung ist. Und diese Bedeutung wächst noch mehr mit der Art der Stellung, welche der Bedienstete innehat. Wenn z. B., wie es hier vielfach der Fall sein wird, Dienste höherer Art geleistet werden, so ist auch gewöhnlich die Dienstwohnung, entsprechend der Stellung des Inhabers, wertvoller. Der Angestellte ist dann im Allgemeinen selbständiger und die Selbständigkeit hat er auch bei dem Gebrauch der ihm eingeräumten Dienstwohnung inne.

Die gleiche Meinung wie Josef vertritt auch Böhm —

Recht 1903 S. 479 —. Daß in diesen Fällen wirklich Besitz vorliegt, erkennt man auch noch deutlicher, wenn man die Selbständigkeit eines solchen Angestellten in bezug auf seine Dienstwohnung mit der unselbständigen Stellung vergleicht, die er in bezug auf andere, seinem Herrn gehörige Gegenstände — Akten, Bücher usw. — die sich in den Diensträumen befinden — inne hat; einen erheblichen Unterschied wird hier doch kaum jemand bestreiten wollen. Als Diener wird man den Angestellten darum auch nur im letzteren Falle ansehen. Bei einer Schlafstube des Dienstmädchens im Hause der Herrschaft, des Gesellen im Hause des Meisters und bei den Schlafstätten der Arbeiter in den Räumen des Fabrikherrn, kann man von einer Wohnung auch wohl überhaupt kaum reden.

Da der Diener verpflichtet ist, jederzeit seine Gewalt über die Sache nach dem Willen des Herrn aufzugeben und sie diesem einzuräumen, so steht ihm auch nie ein Retentionsrecht zu [81]). Seine Verpflichtung den Weisungen des Herrn Folge zu leisten, beruht ja nie auf einem sich auf die Sache beziehenden Rechtsverhältnis. Und wenn eine rechtliche Beziehung zwischen ihm und dem Herrn besteht, der Diener also rechtliche Ansprüche gegen den Herrn hat, so bestehen die dem Diener aus diesem Verhältnis obliegenden „Rechtspflichten" nie in der Herausgabe der in seiner Gewalt befindlichen Sache, deren Besitzdiener er ist, so daß er aus diesem Grunde die von ihm geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern könnte. **Neumann** — a. a. O. S. 415 — will ihm aber wenigstens ein Rückbehaltungsrecht wegen Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, gemäß § 273/2 BGB. einräumen. Aber die Verpflichtung zur Herausgabe eines Gegenstandes ist zunächst wieder „keine Rechtspflicht", die das Gesetz allein nur hier im Auge hat, sondern eine auf sozialen Anschauungen beruhende. Unter der Pflicht zur Herausgabe, die

---

81) Wohl darf er ein solches im Namen seines Herrn dritten gegenüber ausüben. In diesen Fällen wird aber in Wirklichkeit stets das Retentionsrecht des Herrn ausgeübt. Vgl. Renesse, a. a. O., S. 37.

hier auch die Uebergabe [82]) mit umfaßt, verlangt das Gesetz sodann aber zum mindesten, daß dem Berechtigten, der also die Erfüllung dieser Pflicht verlangen kann, durch die Herausgabe der „Besitz" der Sache verschafft wird, und dazu ist der Diener ja auch nicht imstande, weil der Berechtigte schon Besitzer ist. Ein Urteil über die Ausführung **Schlegelbergers** — a. a. O. S. 122 — der zur Leistung von Diensten Verpflichtete habe wegen Lohnrückständen ein Rückbehaltungsrecht an den seinem Herrn gehörenden Sachen, die er in seinem unmittelbaren Besitz habe, z. B. an Kleidungsstücken, setzt ebenfalls wieder eine Prüfung und Entscheidung der Frage — ist der Bedienstete Besitzer der dem Herrn gehörigen Sachen oder nicht — voraus. Und dieses wird im allgemeinen zu verneinen sein. Der Arbeiter, dem ich z. B. bei Gartenarbeiten außer den Geräten noch Arbeitskleider zur Verfügung stelle, ist auch m. E. Diener der letzteren. Allerdings ist es möglich, daß er daneben —abgesehen von dem Dienstvertrag — noch als Vertragsperson mir gegenübersteht und in dieser Eigenschaft Besitzer der mir gehörenden Sachen geworden ist. Und dann kann er mit letzteren ein Retentionsrecht ausüben. Aber dieser Fall hat mit seiner Besitzdienerstellung, die daneben noch mir gegenüber besteht, nichts zu tun. **Leonhard** bringt hierfür das Beispiel[83]): Eine Bahngesellschaft vermietet an ihre Beamten gegen geringe Vergütung genau gehende Uhren. Hier haben wir zunächst den Dienstvertrag zwischen Gesellschaft und Angestellten. In Erfüllung desselben werden letztere Besitzdiener der zum Bahnbetrieb erforderlichen Geräte, der Wagen usw. An diesen Gegenständen können sie kein Retentionsrecht, auch nicht nach § 273/2, BGB., ausüben. Ferner besteht zwischen denselben Personen ein Mietvertrag, der die Uhren zum Gegenstand hat, deren Besitzer die Angestellten sind. Hier ist die Ausübung eines Retentionsrechts möglich. Schlegelberger denkt vielleicht an den Fall, daß der Schneider den fertiggestellten Anzug bis zur Lohnzahlung zurückhalten darf.

---

82) Fischer-Henle, a. a. O., Anm. zu § 273, 2.
83) a. a. O., S. 78. Siehe auch die weiteren Beispiele dort.

Hier liegt aber ein Werkvertrag vor. Der Unternehmer ist Besitzer des von ihm aus dem Stoffe des Bestellers gefertigten Anzugs. Man kann den Unternehmer hier aber auch nicht als einen „Dienstpflichtigen" bezeichnen.

§ 15.

Die Stellvertretung der §§ 855 und 868.

Mit der Bedeutung des Willens in der Besitzlehre des BGB. ist auch die Frage eng verknüpft, ob eine Stellvertretung beim Besitzerwerb möglich ist oder nicht. Vollständig ausscheiden können dabei die Fälle, welche gewöhnlich als Beispiele für die Vertretung genannt werden [84]), nämlich der Erwerb des mittelbaren Besitzes, der durch ein Rechtsverhältnis gemäß § 868 vermittelt wird, und des unmittelbaren Besitzes, der nach § 855 seitens des Dieners direkt für den Herrn erfolgen kann. Hier kann von einer Stellvertretung nicht die Rede sein. Wenn man von Stellvertretung spricht, so kann man allerdings im weiteren Sinne alle die Fälle hierunter verstehen, in denen eine Person durch ihre Tätigkeit irgend einen Erfolg mit Wirkung für einen andern herbeiführt, ohne daß dieser andere auch tätig geworden ist. Dies ist auch bei dem Erwerb des Dieners für seinen Herrn der Fall. Hier soll aber der bedeutend engere Begriff, der „juristischen Stellvertretung" behandelt werden. Und diese liegt nur dann vor, wenn der Vertreter „allein durch die Bildung und die Kundgebung seines eignen Willens" einen Erfolg herbeiführt und dieser allein der Person, in deren Namen der Wille kundgegeben wurde, zugute kommt. Eine solche liegt in den Fällen der §§ 855 und 868 nicht vor, denn in § 855 ist der allein geäußerte Wille für den Herrn zu erwerben, ohne Bedeutung. Ob ein solcher vorhanden ist oder nicht, ist gleichgültig, solange das Abhängigkeitsver-

---

84) Wolff, Begriff des Besitzes; Kappler, Zur Lehre vom Besitz; Trendelenburg, Besitzerwerb durch Stellvertreter; Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes.

hältnis zwischen Herr und Diener besteht. Im § 868 genügt gleichfalls der Wille des Vertreters allein und dessen Aeußerung nicht; es muß immer erst ein Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem geschaffen werden, bezw. bestehen, in dessen Rahmen der Erwerb erfolgt. Sodann ist der Vertreter immer an dem Erfolg seines Tätigwerdens beteiligt. Eine direkte Beziehung ohne dessen Beteiligung, wie sie mit Hilfe des § 164 zwischen dem Vertretenen und dem Dritten hergestellt wird, ist auch hier nicht vorhanden. Aber davon abgesehen, gibt es doch die Möglichkeit einer juristischen Vertretung beim Besitzerwerb.

§ 16.

Die Anwendbarkeit der §§ 164 ff. auf den Besitzerwerb.

A. ist ausnahmsweise möglich.

Nach § 854 II genügt die Einigung über den Besitzübergang, wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Diese Einigung ist ein Vertrag [85]), wenigstens nach der herrschenden Meinung. Dennoch finden auf sie die allgemeinen Bestimmungen über Verträge Anwendung. Die erforderlichen Willenserklärungen können daher auch durch einen Vertreter abgegeben werden und so zu einer Einigung zwischen dem Vertretenem und Dritten führen. Damit erwirbt der Vertretene den Besitz; aber nur, wenn er die Möglichkeit hat, die Gewalt über die Sache auszuüben; denn diese tatsächliche Beziehung kann allein durch den Willen und dessen Erklärung nicht geschaffen werden.

Ferner wird dem Vertretenem der mittelbare Besitz erworben, wenn sein Vertreter das zum Erwerb des mittelbaren Besitzes erforderliche Rechtsverhältnis für den Vertretenen in dessen Namen mit dem Dritten vereinbart. Der Vertreter des Käufers schließt z. B. mit dem Verkäufer zugleich im Namen des Ver-

---

85) Bruns, a. a. O., S. 67; Crome, a. a. O. 3, S. 112; u. a. dagegen Bruck, a. a. O., S. 5; Eck, Vorträge zum BGB.

tretenen einen Verwahrungsvertrag in bezug auf die gekaufte Sache. Erfolgte der Kauf im Auftrage des Vertretenen und der Abschluß des Verwahrungsvertrages durch den Vertreter im eigenen Namen, so ist letzterer selbst mittelbarer Besitzer geworden und der Vertretene gleichfalls, weil infolge des erteilten Auftrages zwischen ihm und dem Vertreter ein Rechtsverhältnis, wie es im § 868 gefordert wird, besteht. Schließlich kann der mittelbare Besitz durch Stellvertreter nach § 870 erworben werden, indem der Vertreter für den Vertretenen den obligatorischen Herausgabeanspruch des jetzigen mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren erlangt. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß der Erwerber durch diesen Anspruch auch die Stellung erhalten muß, die der bisherige mittelbare Besitzer inne hatte. Er muß durch dessen Zession zu dem unmittelbaren Besitzer in ein Rechtsverhältnis gemäß § 868 treten. Auf diese Weise kann[86]) auch ein Besitzdiener seinem Herrn ausnahmsweise den mittelbaren Besitz verschaffen, während er ihm doch gewöhnlich immer den unmittelbaren erwirbt. Aber in Wirklichkeit handelt es sich hier gar nicht um eine Ausnahme; denn, wenn der Diener eine Sache direkt für seinen Herrn erwirbt, so geschieht das in der Weise, daß die Sache in die tatsächliche Gewalt des Dieners kommt und dieser „trotz eines abweichenden Willens", solange das Verhältnis der Unterordnung besteht, nicht für sich, sondern notwendig dem Herrn direkt den Besitz verschafft. Hier aber, bei dem Erwerb des Herausgabeanspruchs, spielt es gar keine Rolle, ob die Person, welche als Vertreter das Rechtsgeschäft, den Erwerb des Anspruches, vornimmt, Diener ist oder nicht.

B. ist grundsätzlich jedoch ausgeschlossen.

Bei dem originären Besitzerwerb dagegen fehlt stets das rechtsgeschäftliche Moment der Einigung. Es kann daher nicht, wie beim derivativen Erwerb, von der tatsächlichen Beziehung zur Sache getrennt werden. Die originäre Erwerbshandlung ist gewissermaßen viel tatsächlicher als die derivative, der die Eini-

86) So führt Hoos, a. a. O., S. 47, aus.

gung immer ein teilweise rechtliches Gepräge gibt. Allerdings sind die an das Vorhandensein des Besitzes geknüpften Folgen bei beiden gleich; ein Unterschied besteht jedoch insofern, als allein beim derivativen Erwerb eine Beziehung zwischen Erwerber und Tradent hergestellt wird, indem ersterer nur beim Vorhandensein einer gültigen Einigung nicht fehlerhaft besitzt und ferner der derivative Erwerb nur genügt, um die Voraussetzung für die Erlangung dinglicher Rechte [87]) zu bilden. Wenn daher jemand von einer fremden Sache Besitz ergreifen will, zu diesem Zwecke eine tatsächliche Beziehung zu ihr herstellt, sie zum Beispiel von der Straße aufhebt oder sie einem andern wegnimmt, so liegt in dieser Handlungsweise allerdings eine Willenserklärung, bezw. eine Betätigung seines auf Besitzerlangung gerichteten Willens. Die Erklärung ist aber nicht eine solche, wie sie § 164 fordert, für welche die juristische Stellvertretung anwendbar sein soll. Denn die Beschaffenheit des h i e r geforderten Willens wird vom Gesetz genau vorgeschrieben. Er muß dessen Anforderungen entsprechen, nur dann gewinnt seine Erklärung rechtliche Bedeutung. Der zum originären Besitzerwerb erforderliche Wille dagegen ist ein natürlicher; gleichgültig, ob die Erfordernisse, welche das Gesetz an den rechtlich bedeutsamen Willen und dessen Erklärung stellt, vorhanden sind oder nicht, hat er, wenn er sich in der Beziehung zur Sache betätigt, den Erwerb zur Folge, und an diese Tatsache schließen sich die Rechtsfolgen an, ohne Rücksicht darauf, ob sie ebenfalls gewollt waren oder nicht. Der originäre Besitzerwerb gehört nämlich zu den Handlungen des BGB., die in ihrer Entstehung von jeder gesetzlichen Bevormundung frei sind; bei denen nach natürlichen Gesichtspunkten beurteilt wird, ob ihr Tatbestand gegeben ist oder nicht, und die hiermit allein schon rechtliche Bedeutung gewinnen; während andere wieder bei ihrem Zustandekommen genau den Bestimmungen des Gesetzes unterworfen sind, und erst dann wirksam werden, wenn sie die vom Gesetzgeber geforderten Merkmale tragen [88]). Nur diese letztgenannte Gruppe von Handlungen ver-

87) Auf rechtsgeschäftlichem Wege.

88) Siehe K r e ß, a. a. O., § 32, und dort angegebene Literatur.

steht das BGB. unter dem Begriff „Willenserklärung"; sie allein werden daher auch mit dem Namen Rechtsgeschäfte bezeichnet. Die andern Handlungen nennt man dann vielfach zur Unterscheidung „rechtlich bedeutsame natürliche Handlungen".

Man hat die Verschiedenheit zu erklären versucht, indem man sagte: bei den, schon im Entstehungsstadium von der Rechtsordnung ergriffenen Handlungen sei der Wille auf einen rechtlichen, bei den andern dagegen auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet [89]). Ich halte dies nicht für richtig. Wer eine rechtsgeschäftliche Handlung vornimmt, kann seinen Willen auch auf den tatsächlichen Erfolg richten; der Käufer hat häufig mehr das Haben der Sache im Auge, als die sich aus dem Vertragsabschluß ergebende obligatorische Verpflichtung des Verkäufers. Und der Erwerber des Besitzes kann umgekehrt neben dem auf das Haben gerichteten Willen auch hauptsächlich auf die damit verbundene Rechtsposition bedacht sein.

Also bei beiden können rechtliche, wie auch tatsächliche Erfolge beabsichtigt sein. Zudem hat auch das Ergebnis einer jeden Tätigkeit fast immer seine rechtliche Bedeutung und seine wirtschaftliche. Es ist also sehr zweifelhaft, ob es wirklich eine Unterscheidung zwischen dem rechtlichen und tatsächlichen Erfolge gibt. Aber bei den natürlichen Handlungen, also auch beim originären Besitzerwerb, enthält sich das Gesetz jedes Eingriffs; die Art des Willens ist ihm gleichgültig, und daher setzt der Eintritt der mit ihnen verbundenen Rechtswirkungen nicht einen hierauf gerichteten Willen voraus.

Das charakteristische Merkmal der „Willenserklärung" ist hingegen mit der herrschenden Meinung [90]) darin zu suchen, „daß der Handelnde durch die Erklärung den Willen kundgibt, mit Hilfe der Rechtsordnung einen Erfolg herbeizuführen". Man hat daher gar nicht nötig, den Begriff der Willenserklärung auf die sogenannte empfangsbedürftige Erklärung zu beschränken und

---

89) Zitelmann, a. a. O., S. 356; anderer Meinung Danz. a. a. O.
90) Endemann, BGB. II, S. 338, und §§ 50, 60, 61; Leonhard, a. a. O., S. 68.

deshalb die Anwendbarkeit des § 164 auf die Besitzerwerbshandlung zu verneinen, weil letztere eine nichtempfangsbedürftige Erklärung sei[91]). Die Ansicht wird auch durch das Gesetz widerlegt, welches in den §§ 116 ff., in denen von Willenserklärungen die Rede ist, sowohl die Empfangsbedürftigen als auch die Nichtempfangsbedürftigen behandelt[92]). Ferner ist unter der Abgabe der Willenserklärung im Sinne des § 164 auch nicht zu verstehen, daß dieselbe notwendig einem anderen zugehen muß, um wirksam zu werden, sondern nur, daß sie in Erscheinung treten muß, weil ja der Wille, solange er nur innerlich vorhanden ist, keine Bedeutung hat.

Während sodann im § 164 infolge des geäußerten Willens des Vertreters der beabsichtigte Erfolg mit Wirkung für den Vertretenen eintritt, genügt beim Besitzerwerb der Wille und dessen Aeußerung „durch Worte" nie[93]), sondern er muß stets in der Herstellung einer tatsächlichen Beziehung zur Sache seinen Ausdruck finden, und diese Beziehung kann der Vertreter immer nur mit Wirkung für seine eigne Person herstellen. Auch beim derivativen Erwerb, wo in der Einigung stets eine Willenserklärung im Sinne des § 164 vorliegt, genügt diese nicht. Hinzukommen muß noch die Uebergabe, die dem Vertretenen allein den unmittelbaren Besitz verschafft, und die höchstens einen mittelbaren Besitz des Vertretenen zur Folge hat, wenn ein Rechtsverhältnis, wie es § 868 fordert, zwischen ihm und dem Vertreter besteht, auf Grund dessen der Erwerb erfolgt.

Und infolge der ganz anderen Bedeutung des Willens für die heutige Besitzlehre kennt das BGB. außer der Uebergabe kein Mittel, durch welches der Vertreter den Vertretenen zum ausschließlichen und unmittelbaren Besitzer machen könnte, wie es im römischen Recht infolge des zum Besitz erforderlichen animus domini möglich war. Diese Gründe zeigen aber auch zugleich, weshalb in den oben erwähnten Ausnahmefällen des

---

91) Hellmann, Vorträge zum BGB., S. 57 ff.
92) Siehe auch Leonhard, a. a. O., S. 68.
93) Siehe auch Leonhard, a. a. O., S. 70, 71.

derivativen Erwerbs eine juristische Stellvertretung möglich, ja geradezu selbstverständlich ist. Und in den Fällen der §§ 868, 870 BGB. besteht der Erwerb in der Herstellung bezw. Uebertragung eines Rechtsverhältnisses, durch das der mittelbare Besitz verkörpert bezw. übertragen wird. Es ist also stets eine Willenserklärung, die hier zur Vollendung des Besitzerwerbs genügt, und eine solche gestattet stets eine Stellvertretung, es sei denn, daß dieselbe ausnahmsweise, was besonders gesagt sein müßte, nicht für anwendbar erklärt wäre.

Manche behaupten allerdings[93a], die Stellvertretung beschränke sich nicht auf Willenserklärungen, sie sei auch auf Rechtshandlungen anzuwenden, so z. B. auf die Spezifikation. Man dürfe daher nicht sagen, die Stellvertretung sei nicht möglich, weil der Besitzerwerb nur eine Rechtshandlung darstelle. Dem sei aber entgegengehalten, daß allein schon mit der Tatsache, daß der Besitzerwerb nur eine Rechtshandlung darstellt, die Anwendung einer juristischen Vertretung auf ihn ausgeschlossen ist. Allerdings ist bei der Spezifikation auch eine Vertretung zulässig — so auch Leonhard —. Denn eine an dem Erfolg garnicht beteiligte Person führt durch ihre Tätigkeit direkt für eine andere den Rechtserwerb herbei. Aber dieser tritt doch nicht nach den Grundsätzen des § 164 ein, etwa deshalb, weil der Handelnde ihn herbeiführen wollte und in seiner Handlungsweise einen diesbezüglichen Willen äußerte. Der Eigentumserwerb des Geschäftsherrn ist ganz unabhängig davon, ob der Angestellte bei Vornahme der Spezifikation auch den Willen hatte, dem Herrn das Eigentum an der neu hergestellten Sache zuzuwenden. Eine solche Vertretung hatten wir ja auch beim Besitzerwerb, indem der Diener trotz abweichenden Willens an der von einer dritten Person erlangten Sache unter Umständen dem Herrn direkt den unmittelbaren Besitz erwirbt. Sowohl hier, als auch bei der Spezifikation spielt der Erfolgswille — das Kennzeichen des § 164 — gar keine Rolle. In beiden Fällen liegt

---

93a) Geißler, a. a. O., S. 20.

ein objektives Merkmal vor, welches die Ursache ist, weshalb hier die gleichen Folgen, wie bei der juristischen Vertretung eintreten. Dies ist bei dem Besitzdiener dessen Unterordnung unter das Befehlsrecht des Herrn.

Solange diese vorhanden ist, kann er im Rahmen des Besitzdienerverhältnisses für sich keinen Besitz erwerben. Und ähnlich soll gemäß § 950 diejenige Person, welche die Verarbeitung vornimmt, durch diese entweder für sich oder „für den Geschäftsherrn"[94]) das Eigentum an dem Erzeugnis erwerben. Wenn also ein Geschäftsherr vorhanden ist, so besteht zwischen diesem und dem Arbeitenden eine rechtliche Beziehung. Letzterer ist Angestellter des Herrn, er arbeitet in in dessen Geschäft, darum soll auch der Erfolg der Arbeit „trotz abweichenden Willens" dem Herrn zugute kommen[95]). Ein solcher Rechtserwerb kraft Gesetzes tritt auch in einem ähnlichen Falle auf dem Gebiete des sog. geistigen Eigentums ein, nämlich, wenn von einem in einer gewerblichen Anstalt beschäftigten Zeichner für Rechnung des Herrn mit dessen Material Modelle oder Muster angefertigt werden. Hier erwirbt der Herr mangels anderweitiger Abrede das Urheberrecht. Das gleiche gilt, wenn Angestellte dazu berufen sind, in einem Betriebe unter Benutzung von dessen Hilfsmitteln Erfindungen zu machen, um dadurch den Betrieb zu fördern. Z. B. Ingenieure, Chemiker machen Erfindungen, die dem Geschäftsherrn zugute kommen.

Eine juristische Vertretung kann aber beim Besitzerwerb nie in Frage kommen. Der Vertreter hat ja heute nicht mehr die Möglichkeit, durch die Wahl eines bestimmten Willens bei Erlangung des corpus seinen eigenen Erwerb zu vermeiden und diesen einem andern zuzuwenden, wenn dieser den Erwerbswillen hatte — animus domini —. Grundsätzlich ist heute jeder, der die Sache innehat, ja Besitzer. Wenn also bei der Spezifikation von

---

94) Fischer-Henle, a. a. O., Anm. z. § 950; Staudinger, a. a. O., Ausführungen zu § 950.

95) Neumann, a. a. O., Anm. zu § 950: „Das gleiche vertretungsähnliche Verhältnis wie im § 855 findet sich auch im § 950 BGB.".

einer Vertretung die Rede ist, so soll damit gemeint sein, — so auch Leonhard — daß die Wirkung, die der § 164 in Aussicht stellt, eintritt. Auf welche Weise dies geschieht, das kann dahingestellt bleiben, jedenfalls nicht in der gleichen Weise, wie es bei der juristischen Stellvertretung der Fall ist. Denn dies ergibt sich schon notwendig aus dem Unterschied zwischen den Begriffen „Willenserklärung" und „Rechtshandlung".

Trotzdem will Kreß[96]) allgemein eine juristische Stellvertretung beim Besitzerwerb zulassen. Er geht dabei von dem mittelbaren Besitz aus, den er, wie oben schon erwähnt wurde, auf den sogenannten abgeleiteten mittelbaren Besitz beschränken will. Daher sind die gesetzlich vertretenen Personen nach seiner Ansicht nie mittelbare Besitzer. Sie müssen aber aus Zweckmäßigkeitsgründen die Stellung eines Besitzers haben, und diese soll ihnen der Vertreter vermöge seines nach § 164 geäußerten Willens verschaffen können[97]). Der Vertreter erhält zwar immer dabei den unmittelbaren Besitz. Aber zugleich hiermit soll sich auch der Erwerb der Besitzerstellung für den Vertretenen dadurch vollziehen, daß der Vertreter bei Erlangung seines Besitzes eine Willenserklärung des Inhaltes abgibt, er wolle für den Vertretenen Besitz erwerben. Das gleiche soll dann auch für den Erwerb durch einen gewillkürten Vertreter gelten.

Diese Lehre kommt m. E., wenigstens in ihrem Ergebnisse, vollständig auf eine Vertretung im Sinne des § 868 hinaus.

Denn hier erfolgt der Erwerb auch durch einen mitbeteiligten Vertreter. Dieser wird unmittelbarer Besitzer, die direkte Beziehung zur Sache kann auch hier nicht dem Vertretenen zugewendet werden. Nur erfolgt nach Kreß der Erwerb durch eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die von dem Vertreter im Namen des Vertretenen abgegeben wird, und die sich bald als eine empfangsbedürftige, bald als eine nichtempfangsbedürftige Erklärung darstellt, je nach dem es sich um

96) a. a. O., S. 133, 173, 184, 228.

97) Der Wille allein genügt aber doch nie zum Erwerb.

derivativen oder originären Erwerb handelt. Im § 868 dagegen genügt die Willenserklärung allein nicht; vielmehr muß die Sache dadurch, daß sie in den unmittelbaren Besitz des Vertreters gelangt, zugleich von dem zwischen diesem und dem Vertretenen bestehenden Rechtsverhältnisse, worin der mittelbare Besitz des letzteren objektiviert ist, ergriffen werden. — Leonhard a. a. o. S. 70, 71 —. Die Begründung, die Kreß sodann für seine Behauptung — die gesetzlich vertretenen Personen seien nie mittelbare Besitzer — gibt, möchte ich auch nicht teilen. Er sagt nämlich: Wäre z. B. der Mündel mittelbarer Besitzer, so könnte der Vormund als unmittelbarer Besitzer und gesetzlicher Vertreter das Eigentum einer dem Mündel gehörigen Sache durch Zession des Herausgabeanspruchs, den der Mündel gegen ihn habe, an einen Dritten, unter Beibehaltung seines eigenen unmittelbaren Besitzes, übertragen.

Hierzu ist allerdings der gesetzliche Vertreter nicht imstande. Aber diese Folgerung setzt doch nicht voraus, daß der Mündel nicht unmittelbarer Besitzer ist. Der mittelbare Besitz ist zwar, wie Kreß ausführt, im wesentlichen ein Besitz „ad tradendum". Der mittelbare Besitzer soll, weil er regelmäßig der Verfügungsberechtigte ist, die Stellung eines Besitzers behalten, um jederzeit sein Recht auf einen Dritten übertragen zu können, ohne vorher den unmittelbaren Besitz erst zurückfordern zu müssen. Die Erwägung fällt beim Vorhandensein einer gesetzlichen Vertretung weg, denn dort fehlt dem mittelbaren Besitzer gerade das Verfügungsrecht. Aber vergleichen wir nur die Eigentumsübertragung durch einen verfügungsberechtigten mittelbaren Besitzer, etwa den Vermieter, gemäß § 870 BGB. mit derjenigen, die in gleicher Weise durch den gesetzlichen Vertreter unter Beibehaltung seines unmittelbaren Besitzes erfolgt. Zediert z. B. der Vermieter dem Dritten den ihm gegen den Mieter zustehenden Herausgabeanspruch, so gewinnt der Dritte in diesem Anspruch auch die Stellung, die der Vermieter bisher besessen hatte, er tritt ja in dessen Rechte ein. Das den Besitz zwischen Vermieter und Mieter vermittelnde Rechtsverhältnis, der Mietvertrag, besteht auch fernerhin zwischen letz-

terem und dem Erwerber, vermittelt also auch diesem den mittelbaren Besitz. Welche Rechtsbeziehung besteht dagegen zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Dritten, der von diesem den Herausgabeanspruch gemäß § 870 erhalten hat? Bisher standen sich unmittelbarer Besitzer und mittelbarer als gesetzlicher Vertreter und vertretene Person — Vormund und Mündel — gegenüber. Dieses, beide gemäß § 868 verknüpfende Rechtsband besteht doch jetzt nicht auch zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Erwerber, der anstelle des Mündels nach K r e ß mittelbarer Besitzer geworden sein soll. Also kann der Dritte durch die Zession nie mittelbarer Besitzer und damit auch nie Eigentümer werden.

Das Gesetz hat auch die Möglichkeit, durch Zession des Herausgabeanspruchs Besitz und Eigentum zu übertragen, nur als ein Notbehelf in den Fällen gegeben, in denen der Veräußerer nur den mittelbaren Besitz innehat. Wenn der Veräußerer aber unmittelbarer Besitzer ist, so muß die Rechtsübertragung immer in einer solchen Weise erfolgen, daß er entweder seinen unmittelbaren Besitz verliert, — durch Uebergabe — oder daß er denselben auf Grund eines zwischen ihm und dem Erwerber geschaffenen Rechtsverhältnisses weiter ausüben darf — § 930 BGB. —.

§ 17.

Der Besitz der gesetzlich vertretenen Personen und ihrer Vertreter.

Wir haben oben festgestellt, daß das Kennzeichen für den mittelbaren Besitz stets in dem Besitzerwerb des Mittlers auf Kosten fremden Vermögens besteht, daß ein solcher Erwerb aber nicht notwendig von dem jetzigen mittelbaren Besitzer herrühren muß, und z. B. auch der Beauftragte, der in Ausführung seines Auftrages von dem Dritten eine Sache erwirbt, für sich den unmittelbaren und für den Auftraggeber den mittelbaren Besitz erlangt.

Man kann daher mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit sagen, da der gesetzliche Vertreter sowohl in bezug auf die schon im Besitz des Vertretenen befindlichen Sachen als auch auf diejenigen, die er für ihn erst erwirbt, gleichfalls die Stellung eines Mittlers innehat. Aber die Ansichten sind in dieser Beziehung sehr geteilt. So hält **Förtsch** [98]) diese Personen weder für Besitzmittler noch für Besitzdiener.

Sie betätigen nach ihm lediglich den Besitz des Vertretenen, der alleiniger Besitzer sein soll. **Cosack** [99]) legt das entscheidende Gewicht sowohl bei den Vorständen juristischer Personen, als auch bei den sonstigen Vertretern darauf, ob sie die die Sachen des Vertretenen in ihrer Privatwohnung haben oder nicht. Im ersteren Falle sind sie Besitzer, im letzteren nur Diener. Der Ehemann ist daher nach Cosack Besitzmittler des eingebrachten Gutes seiner Frau. Diese Ansicht wird im wesentlichen von **Strohal** [100]) geteilt, der allerdings dem Testamentsvollstrecker und Sequester immer den unmittelbaren Besitz zuspricht. **Dernburg** [101]) will den Vorständen der Korporationen nie Besitz einräumen. Diese Personen befänden sich, so führt er aus, in einer erkennbar abhängigen Stellung, sie seien andern Organen untergeordnet und könnten daher nur Diener sein. Die andern Vertreter seien dagegen Besitzer. **Wendt** [102]), **Endemann** [103]), **Leonhard** [104]), **Neumann** [105]), **Biermann** [106]) schließlich nehmen in allen Fällen vermittelnden Besitz des Vertreters an. Ich möchte mich im wesentlichen der letzteren Ansicht anschließen und den Vertreter grundsätzlich als Mittler auffassen, ausnahmsweise aber dem Vertretenen Alleinbesitz, ohne Beteiligung des Vertreters, zusprechen.

---

98) a. a. O., S. 645.
99) a. a. O. 2, S. 66, 475, 551.
100) a. a. O., S. 16, 21.
101) BGB. III, § 14, S. 50.
102) a. a. O., S. 61.
103) a. a. O., S. 123.
104) a. a. O., S. 62.
105) a. a. O. I, Anm. zu § 868.
106) a. a. O., 3. S. 36.

Mit Recht sagt **Förtsch,** daß der gesetzliche Vertreter nicht Diener sein könne; zeichnet er sich nicht gerade durch eine gewisse Selbständigkeit aus? Er soll doch, weil der Vertretene hierzu nicht imstande ist, statt seiner handeln und über fremde Vermögensrechte verfügen können. Hieran hindert auch der Umstand nichts, daß in vielen Fällen seine Tätigkeit durch eine dritte Person oder Behörde überwacht wird. Denn hier handelt es sich lediglich um eine Beaufsichtigung des Vertreters, z. B. seitens des Vormundschaftsgerichts über den Vormund, nicht um ein Befehlsrecht. Ersteres soll den Vertreter auch in vielen Fällen bei seiner Tätigkeit unterstützen, weil dessen eigene Sachkenntnis nicht immer genügt, um die Interessen des Mündels in geeigneter Weise zu wahren. Mit Recht weist **Leonhard** [107]) sodann weiter daraufhin, daß der Vormund aber selbst dann nicht Diener sein könne, wenn man in den Befugnissen des Gerichts ein „Befehlsrecht" erblicken würde, weil die besitzende Person, also der Mündel, und nicht das Gericht zur Ausübung dieses Rechts befugt sein müßte.

Bei den Vertretern der juristischen Personen ist allerdings gewöhnlich eine Einschränkung ihrer Selbständigkeit in gewisser Beziehung vorhanden; es bestehen hier noch andere Organe, die unter Umständen die Möglichkeit haben, die Befugnisse des Vertreters einzuschränken. Aber ein jederzeitiges beliebiges Eingriffsrecht in die Machtssphäre des Vertreters haben sie nicht; die Tatsache auch, daß jemand zur Vertretung einer Person oder Korporation berufen ist, gibt ihm, mag auch die ihm eingeräumte Machtstellung noch so gering sein, dennoch immer eine gewisse Selbständigkeit; der Vertreter hat ja nach eigenem Ermessen zu handeln und muß damit auch eine gewisse Verantwortung auf sich nehmen; und dies verträgt sich nicht mit der Stellung eines Besitzdieners. Hiermit steht auch der Umstand nicht im Widerspruch, daß wir vielfach Beamten, die an öffentlichen Anstalten tätig sind, nur die Stellung eines Besitzdieners

---

107) a. a. O., S. 63.

zubilligen. Mit Recht sagt **Wendt**[108]), „was in öffentlichen Dienstgebäuden den dort angestellten Personen in die Hand gegeben wird, sei es zur Benutzung, zur Beaufsichtigung oder Verwahrung, daran üben sie die Macht nur im Namen des Staats, der Gemeinde usw. aus. Letzteren allein ist Besitz zuzuschreiben. Der Beamte selbst ist nur Diener." Und das ist ganz erklärlich. Denn die meisten dieser Personen werden auch nicht zur „Vertretung" der Behörde, bei der sie beschäftigt sind, berufen sein. Es wird daher niemanden einfallen, z. B. den Hausmeister oder Kastellan im Universitätsgebäude als Besitzer der dort befindlichen Sachen, etwa der Lehrmittel, zu bezeichnen. Der Besitz hieran kommt denjenigen zu, welche zur Vertretung der Universität berufen sind. Und deshalb hat auch der Vorstand einer Aktiengesellschaft Besitz an den in den Büro- und Fabrikräumen befindlichen Büchern, Schreibmaterialien und Geräten. Der Bürobeamte dagegen und der Arbeiter, die jeden Tag diese Gegenstände in ihren Händen haben, also in einer viel engeren Beziehung zu denselben stehen, sind nur deren Diener.

Den weiteren Ausführungen **Förtsch's,** die sich gegen den Besitz des Vertreters richten, ist jedoch zu widersprechen. Er sagt: Der Vertreter kann nicht Besitzmittler sein, denn dann hätte er ja auch die Rechte aus dem Besitz und sei in seiner eigenen Person für die Besitzklagen legitimiert; wenn ferner diese gegen ihn selbst, nicht in seiner Vertretereigenschaft gerichtet würden, so könnte er nur mit Hilfe des § 76 ZPO. den Prozeß von sich abwenden, statt dessen müsse ihm aber der Einwand der mangelnden Passivlegitimation zustehen. Ferner müsse dann sein Besitz auf den Erben übergehen, und auch dies sei nicht zweckmäßig. Aber alle diese Folgerungen sind nicht geeignet, gegen die Besitzerstellung des Vertreters zu sprechen. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Vormund nicht selbst für die Besitzklage legitimiert sein soll. Und er kommt wohl selten in die Lage, von dem § 76 ZPO., durch den er seine eigenen Interessen ja auch in genügender Weise wahrnehmen kann, Ge-

108) a. a. O., S. 66.

brauch zu machen. Denn gewöhnlich wird er bei Besitzstreitigkeiten gegen den Mündel auch in seiner Eigenschaft als Vertreter verklagt werden. Die eigenartige Folge, daß der Erbe des Vertreters dessen Besitz, aber nicht dessen Amt erwirbt, schließt ebenfalls ein mittelbares Besitzverhältnis nicht aus, wie aus dem Beispiel des unvererblichen Nießbrauchs zu ersehen ist — §§ 868, 1061 —. **Cosack** geht bei seiner Ansicht davon aus, daß der Erbe des Vormunds, wenn man letzteren als Besitzer ansehe, auch dessen Besitz erlange und dann von dem neuen Vormund auf Herausgabe des Mündelgutes verklagt werden müsse. Dieses Resultat sei aber nur zweckmäßig, wenn die Sachen des Mündels sich in der Wohnung des Vertreters befänden, deshalb sei er auch nur dann Besitzer. Er fügt noch hinzu, daß mit seiner Ansicht allerdings der § 117 KO. nicht im Einklang stehe, der dem Verwalter ein eigenmächtiges Recht zur Inbesitznahme der Sachen des Gemeinschuldners zuspreche. Um diesen Widerspruch zu beseitigen, nimmt er hier einen Redaktionsfehler an. Auch ich möchte den Vertreter als Besitzer zur Durchsetzung des Inbesitznahmerechts gegen den ehemaligen Vertreter, dessen Erben, sowie gegen jeden Dritten, immer auf den Prozeßweg verweisen, und ich glaube, daß dem auch die §§ 1373, 2205 BGB., 117 KO. nicht widersprechen. Denn in dem Recht „zur Inbesitznahme" ist dasjenige der Eigenmacht nicht enthalten. Andernfalls würde die Befugnis des Vermieters, sich in gewissen Fällen „ohne Anrufung" des Gerichts in den Besitz der Sache des Mieters zu setzen — § 561 — überflüssig sein.

Die Worte „ohne Anrufung des Gerichts" zeigen, daß dem Vermieter mehr gestattet ist als dem Vertreter, der sein Recht gewöhnlich nur im Wege eines ordentlichen Verfahrens verwirklichen kann[109]). Die gleiche Ansicht wird auch vertreten von **Fischer-Henle** (a. a. O. Anm. zu § 868); dort ist als fehlerhaft, also durch verbotene Eigenmacht erlangt, derjenige originäre

---

109) Gleicher Meinung Neumann, a. a. O., Bd. 2, § 1373; Oertmann, a. a. O., S. 209, 212 ff.; Jäger, a. a. O., S. 615; dagegen Cos., a. a. O. 2, S. 438; Lehmann, a. a. O. 2, S. 303.

Besitz bezeichnet, welcher ohne den Willen des bisherigen Besitzers und „ohne besonderes Recht zur Selbsthilfe" erworben wird. Nicht zu dem gleichen einheitlichen Resultat gelangen wir, wenn es sich um die Durchsetzung dieses Rechts gegenüber dem Vertretenen selbst handelt. Das Gesetz spricht zwar allgemein davon, daß der Vertreter die Sachen des Vertretenen in Besitz nehmen darf, und deshalb könnte man annehmen, wenn in dieser Befugnis das Recht der Eigenmacht nicht enthalten ist, so muß er den Vertretenen ebensogut wie den Dritten verklagen, wenn dieser ihm den Besitz nicht gutwillig einräumen will. In dieser Beziehnug nehmen aber der Konkursverwalter und der Ehemann bei dem gesetzlichen Güterstande eine besondere Stellung ein. Beide sind auch gegenüber dem Gemeinschuldner bezw. der Ehefrau zur Durchführung ihres Inbesitznahmerechts auf die Hilfe des Gerichts angewiesen[110]). **Lehmann** beruft sich zwar für die gegenteilige Meinung auf § 1373 und dessen Geschichte, und in der zweiten Kommission ist allerdings auch die Ansicht vertreten worden, der Ehemann müsse die Möglichkeit haben, die seiner Verwaltung und Nutznießung unterliegenden Sachen der Frau auch gegen deren Willen eigenmächtig in Besitz zu nehmen; aber diese Meinung war nicht die vorherrschende (siehe Oertmann a. a. O. 209, 210). Das BGB. sucht aber das Recht der Selbsthilfe nach Möglichkeit einzuschränken. Und bei Regelung des gesetzlichen Güterstandes war es auch bestrebt, die Frau nach Möglichkeit dem Mann als gleichberechtigt gegenüber zu stellen; letzterem werden zwar weitgehende Rechte am eingebrachten Gut zugestanden. Aber ein selbständiges alleiniges Verfügungsrecht erhält er nicht an den rechtlich der Frau verbleibenden Vermögensstücken. Die Gleichberechtigung zeigt sich auch ferner darin, daß die Ehefrau prozeßfähig bleibt, daß ihr Vermögen grundsätzlich nicht für die Schulden des Mannes haftet. Deshalb mußte das Gesetz, wenn es dem Manne ein sol-

---

110) So auch Oertmann, a. a. O., und die herrschende Meinung; Literatur siehe bei Oertmann, a. a. O., S. 208.

ches, von dem allgemeinen Prinzip abweichendes Recht einräumen wollte, dies deutlicher zum Ausdruck bringen.

Was dann die Stellung des Konkursverwalters anbelangt, so ist dieselbe ziemlich unabhängig. Er hat selbständig den Konkurs zu leiten und unterliegt dabei nur einem gewissen Aufsichtsrechte seitens des Gerichts. In dem Eröffnungsbeschlusse hat er einen vollstreckbaren Titel, der ihn in gewissen Fällen der Notwendigkeit enthebt erst klagen zu müssen. Aber deshalb allein kann er doch nicht schon eigenmächtig vorgehen; denn auch der Inhaber eines solchen Titels muß sich der Gerichtshilfe bedienen zur Verwirklichung der ihm in dem Titel zugesprochenen Rechte.

Für unsere Ansicht spricht schließlich auch die Stellung des Verwalters. Er vertritt weder den Gemeinschuldner, noch die Gesamtheit der Gläubiger, sondern er ist ein Organ, im öffentlichen Interesse geschaffen, um den Konkurs in einer seinem Zwecke entsprechenden Weise durchzuführen[111]). Wäre er nur dazu berufen, einseitig den Interessen des Schuldners zu dienen, so könnte man ihm schon eher ein eigenmächtiges Eingreifen gestatten. Denn dann geschieht doch jede Tätigkeit, auch die gewaltsam gegen den Vertretenen ausgeführte, in letzter Linie lediglich in dessen eigenem Interesse.

Und dies ist der Grund, weshalb ich den sonstigen gesetzlichen Vertretern, wenn auch nicht schlechthin, so doch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls gestatten möchte, gegen den Vertretenen eigenmächtig vorzugehen.

Der Minderjährige oder der Geisteskranke erhalten z. B. einen Vertreter, weil sie selbst zurzeit nicht imstande sind, ihre Interessen selbst in genügender Weise zu vertreten. Der Vertreter soll dieselben wahrnehmen; damit wird der eigene Wille des Vertretenen vollständig dem des Vertreters „untergeordnet"; von einer Gleichberechtigung, wie sie bei Ehemann und Ehefrau, die im gesetzlichen Güterstande leben, vorhanden ist, kann hier keine Rede sein. Wollte man daher den Vormund zwingen, wenn er die Sachen des Mündels in seine Verwaltung nehmen

---

111) ERG. 29, 29; 52, 332.

will und dabei auf dessen ganz unbegründeten Widerspruch stößt, erst zu klagen! — Mit welchen Umständen wäre das verknüpft. Der Mündel müßte zuerst einen Pfleger erhalten, da er ja nicht prozeßfähig ist. Dies widerspricht aber hier den Zwecken der gesetzlichen Vertretung und käme auf eine vollständige Verneinung der vormundschaftlichen Gewalt hinaus. Anders dagegen, wenn der Minderjährige ein eignes Erwerbsgeschäft betreibt und über gewisse Gegenstände, die er als hierzu gehörend für sich beansprucht, Streitigkeiten mit dem Vormund entstehen. Hier ist dessen Recht zur Eigenmacht wieder zu verneinen. Der Minderjährige hat hier ja eine freiere, einem Volljährigen ähnliche Stellung. Damit fallen alle Gründe, die gerade vorher für das Recht der Eigenmacht ausschlaggebend waren, weg[112]).

Dieses Ergebnis läßt sich mit den Zwecken der gesetzlichen Vertretung ganz gut vereinbaren. Es spricht zwar nicht sehr für die Besitzerstellung des Vertreters, aber auch nicht dagegen. Die weiteren Ausführungen sollen jedoch noch eingehend zeigen, daß wir ihn wirklich als Besitzmittler anzusehen haben. Schon oben erwähnten wir, daß dessen Kennzeichen immer darin zu sehen sei, daß er auf Kosten fremden Vermögens seinen Besitz erhalten habe; dieses Erfordernis ist ja hier gegeben. Uebt doch der Vertreter immer einen Besitz aus, der ohne das Vorhandensein der Vertretung dem Vertretenen zugute käme. Gleichgiltig ist es dabei, ob er den Besitz durch Erwerb der Sache seitens eines Dritten im Namen und für Rechnung des Vertretenen, oder durch Inbesitznahme der bisher im Alleinbesitz des Vertretenen befindlichen Sache erlangte. Meinungsverschiedenheiten herrschen ferner darüber, ob die Fälle der gesetzlichen Vertretung im Vergleich zu den Beispielen des § 868, in denen der Vertreter immer den Besitz auf rechtsgeschäftlichem Wege erhielt, als „ähnliche Verhältnisse" bezeichnet werden können. Denn bei ersteren spielt der übereinstimmende Wille der beiden Besitzer keine Rolle. Auch dieses ist zu bejahen.

---

112) Geißler, a. a. O., S. 61.

Mit Recht führt **Ullmann**[113]) hierzu aus: Es könne von einer Aehnlichkeit keine Rede mehr sein, wenn man hier immer eine rechtsgeschäftliche Uebertragung des Besitzes an den Mittler fordere. Denn solche Fälle seien mehr als einander ähnlich, sie seien einander gleich. Zur Aehnlichkeit genüge es, daß bei einer anderen als rechtsgeschäftlichen Begründung, etwa durch Gesetz, Staatsakt, im wesentlichen die gleichen Wirkungen hervorgebracht würden. Aber dennoch will er die gesetzliche Vertretung deshalb dem § 868 nicht unterordnen, weil der Grund der Besitzüberlassung an den Mittler, wenn auch kein Rechtsgeschäft, so doch ein Akt rechtsgeschäftlichen Charakters sein müsse, und deshalb würde dort ein Besitzmittlerverhältnis nicht hergestellt, weil es sich um ein unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhendes, nur durch Gesetz begründetes Schuldverhältnis handele.

Hierdurch schränkt er das Gebiet des § 868 aber auch zu weit ein. Man kann sich nicht recht vorstellen, welche Fälle Ullmann im Auge hat, wenn er zunächst zugibt, daß ein Rechtsgeschäft nicht notwendig den Entstehungsgrund für das Besitzmittlerverhältnis bilden müsse, dann aber behauptet, unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift dürfe es auch nicht beruhen. Zur Widerlegung sei auf den Vermieter verwiesen, der gem. § 561 sich in Ausübung seines gesetzlichen Pfandrechts in den Besitz der eingebrachten Sachen des Vermieters gesetzt hat. Das Beispiel zeigt, daß die im § 868 angeführten Verhältnisse nicht alle ohne Ausnahme eine rechtsgeschäftliche Entstehung aufweisen. Wir stimmen also Oertmann[114]) darin zu, daß das ähnliche Verhältnis zwar grundsätzlich auf Rechtsgeschäft beruhen wird, daß aber das Gesetz, wenn es an gewisse Tatbestände ohne weiteres eine derartige zeitliche Berechtigung und Verpflichtung zum Besitze knüpft, und zwingt, überall da ein Besitzmittlerverhältnis anzunehmen, wo dasselbe eine Aehnlichkeit mit den im § 868 angegebenen rechtsgeschäftlichen Verhältnissen aufweist.

---

113) a. a. O., 310 ff.
114) a. a. O., S. 222 ff.

Dazu kommen aber noch die positiven Bestimmungen des BGB., welche zeigen, daß der gesetzliche Vertreter als Besitzmittler behandelt werden sollte. So hat der Vormund einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, und es ist ihm gestattet, diesen nach Auftragsgrundsätzen geltend zu machen (§ 1835). Damit ist ihm auch ein Zurückbehaltungsrecht gegeben, welches, wie schon erwähnt wurde, notwendig einen Besitz auf Seiten des Berechtigten voraussetzt. Ferner kann der Vormund dem Mündel Gegenstände überlassen, und darf er dessen Sachen nicht für sich verwenden (§§ 1824, 1805). Diese Bestimmungen sind teils inhaltlos, teils selbstverständlich, wenn der Vormund nicht Besitzer wäre — vergl. auch Leonhard (a. a. O. Seite 62) —. Freilich kann das Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem auch so geartet sein, daß der Vertretene an gewissen Sachen allein Besitz hat. Dies ist der Fall, wenn der minderjährige Student z. B. seine Bücher mit sich zur Universitätsstadt genommen hat. — Beispiel bei Leonhard S. 62, so auch Förtsch a. a. O. —. Hier ist der Vertreter an dem Besitze gar nicht beteiligt. Der Grund zu dieser Ausnahme liegt dann darin, daß der Vertreter hier von seinem Verwaltungsrechte keinen Gebrauch gemacht und dem Vertretenen Gegenstände zur alleinigen Benutzung überlassen hat. In solchen Fällen wird also die Regel, daß beim Vorhandensein einer gesetzlichen Vertretung stets ein Besitzmittlerverhältnis vorliege, durchbrochen.

Zum Schluß sei noch von einer in der Literatur ziemlich verbreiteten Ansicht über die Stellung der zur Vertretung von Korporationen berufenen Personen die Rede, welche auch — wie Förtsch — den juristischen Personen den alleinigen Besitz zuspricht. Der Vorstand ist hiernach nur ein Bestandteil der Korporation; auf welche Weise er immer die Gewalt über die der juristischen Person gehörigen Sachen innehat, immer übt die Korporation allein hierdurch ihren Besitz aus. Der Vertreter, der sich also überhaupt von der Korporation nicht trennen läßt, stellt gewissermaßen selbst die juristische Person dar. Rehbein a. a. O. S. 45. Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 150 KG.; Ullmann a. a. O. S. 315; Crome a. a. O. Bd. 3 S. 25; Gierke

Verh. d. 24. Juristentags Bd. 3, 1898 S. 31; u. a. Diese Lehre beruht im wesentlichen auf dem Unterschied, den manche Schriftsteller[115]) zwischen dem Organ — d. h. dem Vertreter juristischer Personen — und den sonstigen Vertretern machen wollen und der wieder von anderen[116]) vollständig geleugnet wird. **Laband**[117]) sieht die Verschiedenheit darin, daß bei der Stellvertretung zwei Rechtssubjekte, die in einem Rechtsverhältnisse zu einander stehen, kraft dessen das eine Subjekt mit Wirkung für das andere handelt, vorhanden sind. Bei dem Tätigwerden des Organs dagegen handele die juristische Person selbst; der Vorstand trete Dritten nicht als ein von dieser verschiedenes Rechtssubjekt gegenüber, sondern durch ihn gebe die juristische Person selbst ihre Erklärung ab, wozu sie ohne das Organ gar nicht imstande sei. So handele der Bürgermeister einer Stadtgemeinde, der einen Rechtsanwalt im Namen der Stadt mit der Führung eines Rechtsstreits beauftrage, als Organ. Der Rechtsanwalt dagegen handele bei Führung des Prozesses als Vertreter.

Auf diese bestrittene und schwierige Lehre näher einzugehen, ist hier nicht möglich. Entgegnen möchte ich jedoch zunächst, daß das Gesetz den zur Vertretung juristischer Personen berufenen Organen die gleiche Stellung wie den sonstigen gesetzlichen Vertretern einräumen wollte — § 26 II —.

Alle die Momente, die wir oben zum Beweise für die Besitzmittlerstelung des Vertreters schon hervorhoben, sind demnach auch in gleicher Weise auf die zur Vertretung berechtigten Organe der Korporation anzuwenden. Wenn man sie nicht als Vertreter auffassen würde, so ergäbe sich auch die Folge, daß rechtliche Beziehungen zwischen ihnen und der juristischen Person nicht möglich wären[118]); das geltende Recht zeigt uns hier gerade das Gegenteil. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft hat

---

115) Preuß, Iherings Jahrb., Bd. 44, S. 429.

116) Schloßmann, ebendas., S. 290.

117) Archiv f. c. Pr., Bd. 73, S. 187 ff.

118) Schloßmann, a. a. O., S. 301 ff. Jellinek, Allgem. Staatslehre, S. 516.

Ansprüche gegen die Gesellschaft, so z. B. auf Gehalt, auf Befreiuung von gewissen Pflichten, er kann gegen dieselbe klagen — siehe HGB. §§ 271, 72, 73, — und dieselbe Möglichkeit ist der Gesellschaft auch gegenüber dem Vorstand gegeben. Ferner wäre die juristische Person nicht mehr existenzfähig, wenn ihre Vertreter als Bestandteile derselben aufzufassen wären. Dem widerspricht aber § 29, wonach die Tatsache des Nichtvorhandenseins des Vorstands noch nicht den Verlust der Rechtspersönlichkeit zur Folge hat[119]). Das Betsehen der Korporation ist also von dem Dasein der Vertreter nicht abhängig, wenn diese auch für ihre Entstehung erforderlich sind und durch ihr Fehlen ihre wirtschaftliche Betätigung gehemmt wird. Was schließlich das Beispiel Labands anbelangt, so ist gar nicht einzusehen, weshalb der Bürgermeister nicht auch als Vertreter aufgefaßt werden kann. Daß seine Beziehung und diejenige des Rechtsanwalts zur Stadtgemeinde erhebliche Unterschiede aufweist, soll nicht geleugnet werden. Diese sind aber nicht derartig, daß man die eine als etwas ganz anderes als die andere bezeichnen könnte[120]). Schon allein aus der Tatsache, daß der eine Vertreter, der Bürgermeister, viel enger an die juristische Person durch seinen Beruf gekettet ist, ergeben sich Verschiedenheiten. Der Wille des Bürgermeisters ist allerdings demjenigen der Stadtgemeinde untergeordnet, während der Rechtsanwalt in dieser Beziehung dem Vertretenen als gleichberechtigte Person gegenübersteht. Aber das allein berechtigt uns doch noch nicht, die Vertretereigenschaft des Bürgermeisters zu verneinen[121]). Denn in den Fällen der gesetzlichen Vertretung stehen sich gewöhnlich Vertreter und Vertretener, zum Unterschied von der rechtsgeschäftlichen Vertretung, nicht als gleichberechtigt gegenüber. Bald ist der Wille des Vertreters übergeordnet — Vormund — bald derjenige des Vertretenen — so, wenn es sich um die Vertretung juristischer Personen handelt.

119) Jahrb. d. d. Rechts, 1910, § 26; R. G. J. V. 09, 411.
120) So auch Schloßmann, a. a. O., S. 310.
121) Preuß, a. a. O., S. 470.

Lebenslauf.

Ich bin am 23. Januar 1888 geboren, als Sohn des Gerichtsvollziehers Karl Stolz und seiner Ehefrau Anna, geb. Münker, in Ehrenbreitstein a. Rh. Ich besuchte zuerst die Volksschule in Ehrenbreitstein, dann das humanistische Gymnasium in Koblenz, wo ich Ostern 1905 den Befähigungsnachweis für den einjährig-freiwilligen Dienst und 3 Jahre später das Reifezeugnis erhielt. Im Sommer 1908, Winter 1908/09 und Sommer 1909 beschäftigte ich mich auf den Universitäten Göttingen, Marburg, München mit dem Studium der Staats- und Rechtswissenschaft. Die drei folgenden Semester verbrachte ich mit dem Studium der Rechte an der Universtät Bonn. Am 12. Juni 1911 legte ich vor der Prüfungskommission für den Oberlandesgerichtsbezirk Köln die erste juristische Prüfung ab. Seit dem 26. Juni 1911 befinde ich mich im Bezirke des Königl. Oberlandesgerichtes Frankfurt a. M. im Vorbereitungsdienste. Zurzeit bin ich dem Landgerichte Neuwied a. Rh. zur Beschäftigung überwiesen.

I V
B